# Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

**Rudolph Ihering,**
ordentlichem Professor der Rechtswissenschaft in Gießen.



Erster Theil.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1852.

Dem Andenken

des großen Meisters,

# Georg Friedrich Puchta.

# Vorrede.

Mit dem Werk, von dem ich hiermit den ersten Theil publicire, ist es mir eigenthümlich gegangen. Seit 11 bis 12 Jahren beschäftige ich mich mit demselben, und bereits 1843 beabsichtigte ich, öffentliche Vorlesungen über den Gegenstand dieser Schrift, mit denen ich damals in Berlin als Privatdocent aufgetreten war, drucken zu lassen. Puchta, dem ich von meinem Plan gesprochen hatte, rieth mir davon ab; er hielt es für bedenklich sich mit einem so allgemeinen Thema beim Publikum einzuführen.

Ich wünschte fast, daß ich diesem wohlgemeinten Rath kein Gehör gegeben hätte, denn obgleich der lange Zeitraum, der seitdem verflossen, für mein Werk nicht ohne Nutzen gewesen ist, so steht doch der Gewinn in keinem Verhältniß zu dem Preise, den er mich gekostet hat. Der Geist des römischen Rechts, den ich im jugendlichen Uebermuth citirt hatte, ward für mich bald zum Quälgeist, der mich in absolute Abhängigkeit von sich versetzte und keinen andern Gedanken in mir aufkommen ließ.

Zu spät bereute ich es, mich mit ihm eingelassen zu haben, er hatte bald zu viel Gewalt über mich bekommen, als daß ich ihm noch hätte entrinnen können; das einzige Mittel, mich von

ihm zu befreien, bestand darin, ihn der Oeffentlichkeit zu übergeben. Im Jahre 1845 bat ich Puchta, als ich mich von ihm trennte, um die Erlaubniß, ihm mein Werk dediciren zu dürfen. Wenn einerseits die Dankbarkeit für den unvergleichlichen Genuß, den mir sein Cursus der Institutionen gewährt hatte, sowie die tiefe Verehrung, die ich für den großen Meister hege, den Wunsch in mir erregt hatten, ihm das Liebste und Beste, was ich ihm glaubte geben zu können, zu widmen, so veranlaßte mich eine andere Rücksicht, ihm diesen Wunsch schon damals mitzutheilen. Ich hoffte nämlich, wenn ich ihm meinen Quälgeist verschriebe, so würde es mir eher gelingen desselben Herr zu werden, und ich bin überzeugt, daß wenn Puchta noch lebte, ich bereits seit Jahren damit fertig geworden wäre; die ihm ausgestellte Verschreibung würde mich angetrieben haben, jenen Geist „todt oder lebendig" in seine Hände zu liefern.

Mit Puchta's Tod fiel dieser Antrieb für mich hinweg, und von neuem ward ich der Spielball des übermächtigen Geistes. Je mehr ich mich meinem Ziel zu nähern glaubte, um so mehr entrückte es sich meinen Blicken; je mehr ich arbeitete, um so weniger fühlte ich mich befriedigt. Meine Selbstkritik, die namentlich was die Redaction anbetraf, immer ängstlicher und pedantischer wurde, führte gegen das Werk einen Vernichtungskrieg. Meine Arbeit drehte sich, ohne eigentlich aus der Stelle zu kommen, im Kreise herum, und ich würde wohl mein ganzes Leben dazu verdammt gewesen sein, wenn ich hätte abwarten sollen, daß das Werk meinen eignen Beifall erwürbe; meine Selbstkritik hatte sich so sehr abgenutzt, daß ich bei manchen Aenderungen kaum wußte, ob ich verbessere oder verschlechtere, jene ewige Kreisbewegung hatte mich, wenn ich so sagen darf, moralisch schwindlich gemacht.

Ich fühlte endlich, daß ich diesem Zustande ein Ende machen müsse, und rief daher den Setzer zu Hülfe. Ich gedachte daran, daß die Bücher nicht mit einem Male zur Welt kommen, vielmehr bogenweis gesetzt und gedruckt werden, daß folglich auch die ersten Bogen bereits das Licht der Welt erblicken können, während die folgenden noch den Embryonenschlaf halten. So ließ ich denn den Setzer im Mai vorigen Jahres mit wenig Manuscript beginnen, mir von ihm bogenweis den Rückzug abschneiden, — einen einmal gedruckten Bogen respectire ich als fait accompli — und mich von ihm bogenweis unaufhaltsam weiter treiben. Meine im letzten Monat Statt findende Uebersiedlung von Kiel nach Gießen brachte unser glückliches Austauschgeschäft ins Stocken. Das Werk war damals gerade zu einem Abschnitt gediehen, der die Herausgabe des bisher Gedruckten möglich machte, und da ich in nächster Zeit keine Aussicht habe, einen regelmäßigen, ungestörten Verkehr mit meinem Setzer einzuleiten, so habe ich mich zur vorläufigen Herausgabe dieses ersten Theils entschlossen. Der zweite Theil soll im Spätherbst folgen.

Ich habe diese Personalia meines Buchs mitgetheilt, weil sie vielleicht einen Einfluß auf dasselbe ausgeübt haben; über Zweck und Plan desselben habe ich mich in der Einleitung hinlänglich ausgesprochen, so daß es überflüßig wäre darüber noch etwas zu bemerken.

Mein Werk erscheint unter einem Titel, der Manche von vornherein gegen dasselbe einnehmen wird. „Geist" einer Sache und ungründliches, seichtes Räsonnement wird von Manchen — und oft nicht mit Unrecht — für gleichbedeutend gehalten. Ob meine Schrift einen neuen Beleg für diese Annahme liefern wird? Ich bin mir bewußt mit Ernst und Aufbietung aller

meiner Kräfte gearbeitet zu haben und kann in dieser Beziehung mit Ruhe dem Spruch der Kritik entgegensehen. Möge letztere die von mir gewonnenen Resultate verwerfen, meine Methode bekämpfen — ich darf in dieser Beziehung um so weniger auf Schonung hoffen, als ich selbst bei meinen Angriffen gegen die herrschende Methode sie nicht geübt und jeden Anspruch auf eine milde Kritik verwirkt habe — aber die Ueberzeugung wird sich, hoffe ich, dem Leser aufdrängen, daß nicht Abneigung gegen ernste und mühsame Arbeit mich dem „Geist" des römischen Rechts in die Arme geführt hat.

Der Gedanke, der mich bei meinem Werk angespornt hat, ist die Hoffnung auf Anerkennung, nicht meiner selbst, sondern des römischen Rechts. Das Gefühl der höchsten Bewunderung und Verehrung, das ich vor dieser grandiosen Schöpfung empfinde, habe ich Andern mitzutheilen gestrebt, und mein Buch ist namentlich für solche Leser berechnet, die mit dem römischen Recht noch nicht vertraut sind, also für Studierende der Rechtswissenschaft und wissenschaftlich gebildete Laien. Möchte mein Werk bei diesem Leserkreise Verbreitung finden und im Stande sein, jenes Gefühl, aus dem es entsprungen ist, auch in Andern zu erwecken.

Ich bitte den Leser, zwei sinnentstellende Druckfehler zu verbessern; auf Seite 10 Zeile 12 von oben steht Kapitel statt Kapital, Seite 102 Zeile 14 von oben sichtliches Minimum statt sittliches Minimum. Daß ich auf S. 94 Zeile 3 von unten Servius Tullius statt Tullus Hostilius geschrieben, ist ein ziemlich unschädliches Versehn.

Gießen 29. April 1852.

# Inhalt des ersten Theiles.

## Einleitung.
(S. 1—82.)

### Die Aufgabe und die Methode ihrer Lösung.

§. 1. Die Zukunft des römischen Rechts — Veranlassung zu einer Beurtheilung desselben. S. 1 — 5.

§. 2. Bedürfniß der Lösung unserer Aufgabe — Unsere heutige Wissenschaft und ihr wissenschaftlicher Apparat. S. 5 — 12.

### Methode der rechtshistorischen Darstellung.

A. Anforderungen, die in der Natur des Rechts enthalten sind.

§. 3. 1. Anatomische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Bestandtheile desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute — psychische Organisation des Rechts — Differenz zwischen dem objektiven Recht und der subjektiven Erkenntniß (latente Bestandtheile des Rechts) — Aufgabe der Wissenschaft. S. 12 — 39.

§. 4. 2. Physiologische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Funktion desselben im Leben — Formale Realisirbarkeit des Rechts — Die Aufgabe des Historikers gegenüber dem Recht der Vergangenheit. S. 39 — 50.

B. Anforderungen, die in dem Begriff der Geschichte liegen.

§. 5. Ausscheidung der unwesentlichen Thatsachen — Der innere Zusammenhang der Thatsachen und das Moment der Zeit — Innere Chronologie oder absolute und relative Zeitbestimmung nach inneren Kriterien. S. 51 — 76.

§. 6. Plan der folgenden Darstellung — Die drei Systeme des Rechts. S. 77 — 82.

## Erstes Buch.

(S. 85—336.)

### Die Ausgangspunkte des römischen Rechts.

§. 7. Urzustände — Erinnerungsvermögen des römischen Volks — Ergänzung der Tradition durch Etymologie und Rückschlüsse vom spätern Recht. S. 85 — 90.

§. 8. Die römische Kosmogonie des Rechts — Das Charakteristische derselben für die römische Vorstellungsweise. S. 90 — 98.

A. Die Ausgangspunkte oder die Urelemente des römischen Rechts.

§. 9. Das Minimum geschichtlicher Anfänge. S. 98 — 103.

I. Das Prinzip des subjektiven Willens der Urquell des römischen Rechts. S. 103 — 161.

§. 10. 1. Der thatkräftige subjektive Wille in seiner Richtung auf Begründung des Rechts (Recht der Beute) — Vorliebe der römischen Rechtsansicht für originäre Erwerbungsarten. S. 103 — 115.

§. 11. 2. Der thatkräftige subjektive Wille in seiner Richtung auf Schutz und Verwirklichung des Rechts — Das System der Selbsthülfe — Die Selbsthülfe unter Voraussetzung eines zweifellosen Anspruchs — Die Privatrache und der Ursprung der Privatstrafen — Zusicherung des Beistandes von Seiten Einzelner und des ganzen Volks (testimonium = Garantie des Rechts). S. 115 — 143.

§. 12. 3. Vertragsmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten — Das öffentliche Richteramt in seinem Anschluß an das System der Selbsthülfe — Gestalt dieses Systems in späterer Zeit. S. 143 — 161.

II. Familienprinzip und Wehrverfassung, die Faktoren der organisirten Gemeinschaft. S. 161—255.

§. 13. Vorbemerkung. S. 162 — 168.

§. 14. 1. Das Familienprinzip. S. 168 — 238.
a. Die Gentilverbindung — Die Gens eine Familie im Großen und ein Staat im Kleinen — Einfluß auf das gesammte Recht. S. 168—192.

§. 15. b. Der Staat vom Standpunkt des subjektiven Prinzips aus — Die publicistische Societät der Individuen — Basirung der Strafgewalt auf Rache, der gesetzgebenden Gewalt und des Rechtsschutzes auf Vertrag — lex und jus — Dualismus der vom Staat anerkannten und der bloß subjektiven Rechte. S. 192 — 219.

§. 16. c. Stellung außerhalb der Gemeinschaft — Volle Negation des Rechts, der Kriegsfuß — Relative Berechtigung dieses Standpunktes — Milderungen — Einfluß des Handels — Das hospitium — Entstehung des internationalen Rechts aus dem Vertrage heraus — Die Clientel, precarium und peculium. S. 219 — 238.

2. Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht. S. 239 — 255.

§. 17. Vortheilhafter Einfluß des Krieges auf die Verfassung — Die Staatsverfassung eine Wehrverfassung — Die militärische Eintheilung des Volks — Prinzip der Subordination — Das imperium — Militärischer Charakter des Königthums — Strafgewalt — Einfluß der Wehrverfassung auf die Erziehung des Volks — Sinn für äußere Ordnung und Gesetzlichkeit.

III. Das religiöse Prinzip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat. S. 256 — 281.

§. 18. Das Fas — Handhabung desselben durch das Pontifikalcollegium — Prozeß vor dem geistlichen Gericht (legis actio sacramento) — Hervortreten des religiösen Einflusses in den verschiedenen Theilen des Rechts, namentlich im Strafrecht — Der homo sacer — Die Strafe als religiöses Sühnemittel.

§. 19. Gemeinsames aller dieser Ausgangspunkte. S. 281 — 285.

B. Verhalten des römischen Geistes zu den gegebenen Ausgangspunkten. S. 285 — 336.

§. 20. 1. Das Wesen des römischen Geistes und die Prädestination desselben zur Cultur des Rechts — Moralische und intellektuelle Begabung des römischen Volks — Die Selbstsucht — Die Idee der Zweckmäßigkeit — Die Energie des Willens (Consequenz und conservative Tendenz). S. 285 — 314.

§. 21. 2. Verhalten des römischen Geistes zu den gegebenen Ausgangspunkten, vor allem das praktische Verhältniß des römischen Lebens zur Religion. S. 314 — 336.

---

# Einleitung.

## Die Aufgabe und die Methode ihrer Lösung.

---

### Die Zukunft des römischen Rechts — Veranlassung zu einer Beurtheilung desselben.

I. Es tauchen von Zeit zu Zeit in jeder Wissenschaft gewisse Fragen und Richtungen auf, die durch ihre ins Leben tiefeingreifende Bedeutung auch den gebildeten Laien ein Interesse abnöthigen, und für deren Schicksal die Stimmung dieses Publikums nicht selten entscheidender wird, als der Ausgang des Prozesses, den sie in der Wissenschaft zu bestehen haben. Auch die Jurisprudenz, ein Gebiet, das in früherer Zeit den Blick des Laien kaum auf sich zog, hat neuerdings bei manchen Fragen diese Erfahrung machen müssen, und zu diesen gehört der Gegenstand der vorliegenden Schrift, das römische Recht. Der Aufschwung des Nationalgefühls zur Zeit der s. g. Freiheitskriege lenkte fast nothwendigerweise die Aufmerksamkeit des größeren Publikums auf diesen fremdartigen Bestandtheil unseres Rechtslebens, und das Gefühl, mit dem man denselben betrachtete, konnte nicht zweifelhaft sein. Es hätte nicht erst der Autorität nahmhafter Juristen bedurft, die über das römische Recht den Stab brachen, nicht des reichen Sündenregisters, mit dem sie ihren Spruch rechtfertigten; die Thatsache, daß ein vor mehr als tausend Jahren bei einem fremden Volke entstandenes Gesetzbuch als Richtschnur des heutigen Rechtsverkehrs galt, schien in sich

selbst einen solchen Widerspruch, eine solche Verletzung des Nationalitätsprinzips zu enthalten, daß der gebildete Laie auch ohne Beihülfe der Juristen sich berufen halten mußte, einen solchen Zustand zu verdammen und die Aufhebung desselben zu verlangen. Eine wissenschaftliche Richtung, die darauf ausging, das römische Recht zu bekämpfen und zu verdrängen, konnte daher von vorn herein der Sympathieen des großen Publikums versichert sein und mußte täglich an Terrain gewinnen. Sie war zeitgemäß, denn sie hatte den großen Gedanken, dem die Zeit gehört, den der Nationalität zu ihrem Bundesgenossen, und die Allgewalt, die dieser Gedanke auf die Gebildeten wie die Massen ausübt, sichert dieser Richtung den Sieg. Die gegenwärtige Generation von Juristen muß darauf gerüstet sein, das römische Recht in seiner bisherigen Gestalt scheiden zu sehen; sie hat jedenfalls die Aufgabe, dies Ereigniß vorzubereiten, vielleicht auch noch die, selbst mit Hand ans Werk zu legen.

Jene voraussichtliche Verdrängung des römischen Rechts wird aber mehr seine Form, als seinen Inhalt treffen. Es wird aufhören, für uns die Gültigkeit eines Gesetzbuches zu besitzen, aber es wird uns, wie überall, wo es früher galt und dann aufgehoben ward, einen bedeutenden Theil des Materials liefern, aus dem wir den Neubau unseres Rechts zu gestalten haben, und so wird eine große Summe der römischen Rechtsgrundsätze in veränderter Form fortexistiren. Kein Verständiger nämlich wird dieselben als einen Krankheitsstoff betrachten, den unser Rechtsorganismus, um wieder zu genesen, ganz und gar auszuscheiden hätte. Es ist nicht die Aufgabe, in krankhafter Erregung des Nationalgefühls jede Partikel des römischen Rechts, bloß weil sie römischen Ursprunges ist, als einen mit unserer Natur unverträglichen Bestandtheil auszustoßen. Wie die Nationen im Handelsverkehr ihre Produkte und Fabrikate gegen einander umsetzen, so findet auch ein geistiges Austausch-Geschäft unter ihnen Statt, und täglich entlehnt die eine von der andern in Kunst, Wissenschaft, Recht u. s. w., ohne daß sie davon eine

Gefährdung ihrer Nationalität befürchtete. Diese Entlehnung soll nur keine mechanische, sondern eine Assimilirung, eine innerliche Aneignung sein. Das römische Recht als Gesetzbuch in fremder Sprache hat diesen Assimilirungsprozeß nie durchmachen können und muß darum auch wieder ausgestoßen werden, dahingegen ist von seinen materiellen Grundsätzen eine große Zahl im Laufe der Jahrhunderte ganz in unser Fleisch und Blut übergegangen, und dieser Bildungsprozeß läßt sich weder rückgängig machen noch ignoriren.

So werden wir also manches behalten, manches zurückerstatten. Damit wir aber nach keiner von beiden Seiten hin zu viel oder zu wenig thun, ist eine genaue Prüfung des Materials unerläßlich. Es ist gewissermaaßen zum Zweck der Auseinandersetzung mit dem römischen Recht die vorherige Aufnahme einer Abrechnung erforderlich. Was ist uns denn das römische Recht bisher gewesen, was kann und darf es uns fortan sein, wie sind die Mittel, über die es gebietet und die es uns zu Gebote stellt, beschaffen u. s. w., das sind Fragen, über die wir uns am Tage jener Abrechnung bereits völlig klar geworden sein müssen.

Eine erschöpfende Beurtheilung des römischen Rechts würde dasselbe von drei verschiedenen Seiten zu betrachten haben, nämlich vom spezialhistorischen, universalhistorischen und legislativen Standpunkt. Auf dem ersten Standpunkt betrachtet man dasselbe absolut, d. h. als ein für sich selbständiges Ganze, auf den beiden andern relativ, und zwar auf dem zweiten in Beziehung auf die gesammte Entwicklung des Rechts in der Weltgeschichte, auf dem dritten in Beziehung auf die legislativen Bedürfnisse und Zwecke der Gegenwart. Jene erste Betrachtungsweise würde das Wesen des römischen Rechts zu ergründen, seinen geistigen Gehalt zu ermitteln haben; die zweite hätte die Frage zu beantworten: welchen Fortschritt machte die Universal-Geschichte des Rechts mit dem römischen Recht, und welchen Einfluß hat dasselbe auf die moderne Welt ausgeübt; die dritte hätte die legislative Brauchbarkeit dieses Rechts zum Gegenstande.

Es ist nun meine Absicht, mich nach und nach an allen diesen drei Fragen zu versuchen, und die gegenwärtige Schrift, die die erste derselben behandelt, ebnet mir für die Bearbeitung der beiden andern den Boden. So hätte ich dieselbe denn als ersten Theil einer Kritik des römischen Rechts erscheinen lassen können. Allein andererseits ist sie durch die Selbständigkeit ihrer Aufgabe ein abgeschlossenes Ganze, und es ist mir selbst noch so ungewiß, ob und wann ich im Stande sein werde, die beiden andern Theile folgen zu lassen, daß ich es vorgezogen habe, jeden derselben als selbständiges Werk anzulegen und erscheinen zu lassen. Ich wende mich denn fortan ausschließlich der ersten Frage zu, d. h. der Charakteristik des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Es ist nun meine Absicht, diese Aufgabe in einer auch für gebildete Laien faßlichen Weise zu behandeln. Denn wenn, um an die obige Bemerkung wieder anzuknüpfen, die Existenzfrage des römischen Rechts vor das große Publikum gezogen ist, wenn sie das Interesse der Gebildeten mit Recht auf sich ziehen kann, so halte ich es für eine Pflicht der Wissenschaft gegen sich selbst wie gegen ihre Zeit, diesem Interesse auf halbem Wege entgegen zu kommen und dem Laien die Gelegenheit zu bieten, sich über das römische Recht ein richtiges Urtheil zu bilden. Schon mancher Laie mag das Bedürfniß gefühlt haben, sich über ein Recht zu belehren, das durch seine merkwürdigen Schicksale und seine außerordentliche Bedeutung für die moderne Welt zu den hervorragendsten geschichtlichen Erscheinungen gehört; ein Recht, dessen praktische Beziehung zur Gegenwart ihm so oft und räthselhaft entgegentritt; ohne daß er jedoch geneigt oder im Stande wäre, zu dem Zweck den langen Weg der Schule einzuschlagen. Der speziellen Veranlassungen, die der Historiker, Philologe, Philosoph hat, sich eine Einsicht in das römische Recht und ein Urtheil über dasselbe zu verschaffen, will ich gar nicht einmal gedenken.

Ich habe nun bei der Ausarbeitung dieser Schrift die Be-

dürfnisse dieses Publikums zu berücksichtigen gesucht, ohne doch, wie ich glaube, dadurch die Theilnahme meiner Fachgenossen auf eine zu schwere Probe gestellt zu haben. Ehr möchten umgekehrt neben dem wesentlichen Kern des Werks, der jedem Gebildeten verständlich sein wird, einzelne Ausführungen vorkommen, die sein Interesse nicht in Anspruch nehmen oder ohne Beihülfe eines Juristen ihm weniger zugänglich sind. Diese Berechnung auf zwei Leserkreise mag manchen unthunlich erscheinen, denn unter allen Umständen, könnte man sagen, geschieht daran für den einen schon zu viel, was für den andern eben ausreicht, und für jenen genügt wiederum, was für diesen zu wenig ist. Dies ist aber nur scheinbar, und gerade umgekehrt halte ich die Berücksichtigung jener beiden Leserkreise bei wissenschaftlichen Gegenständen, die sich überhaupt für eine populäre Darstellungsweise eignen, — und den vorliegenden zähle ich dazu — für sehr vortheilhaft. Die Rücksicht auf den Laien zwingt zur Klarheit, die Rücksicht auf den Leser vom Fach verhindert, daß diese Klarheit in Plattheit übergehe oder daß der Schriftsteller sich der Begründung seiner Behauptungen überhebe. Die Wissenschaft selbst kann dadurch nur gewinnen, daß man sie dem unbefangenen Blicke des Laien bloß zu stellen versucht, indem man dadurch veranlaßt wird, aus Rücksicht auf ihn traditionelle Anordnungen und Begriffsformulirungen zu verändern, das den freien geistigen Blick nicht selten störende gelehrte Beiwerk fallen zu lassen, den wesentlichen Kern der Wissenschaft herauszusuchen und ohne Hülfe der Schulsprache faßlich darzustellen.

**Bedürfniß der Lösung unserer Aufgabe — Unsere heutige Wissenschaft und ihr wissenschaftlicher Apparat. —**

II. Bedarf denn unsere Aufgabe noch erst der Lösung? Sollte man nicht erwarten, daß sie bei der Fülle der geistigen Kraft, über die das römische Recht seit Jahrhunderten geboten hat, längst gelöst sei? Zu allen Zeiten wiederholten sich die Angriffe auf

dieses Recht, zu allen Zeiten suchte man sie mit der Verweisung auf den hohen Werth desselben zurückzuschlagen; worin besteht denn derselbe? Welchen dankbareren Stoff zur Bethätigung hätte die Verehrung, die man diesem Recht zollte, finden können, als die Lichtseiten desselben hervorzuheben, und wie hätte man die Gegner wirksamer zum Schweigen bringen können? Aber unsere Literatur straft diese Erwartung Lügen, denn statt einer eingehenden Kritik des römischen Rechts gewährt sie uns nur gelegentliche allgemeine Aussprüche über die Trefflichkeit desselben, den eminenten Scharfsinn und praktischen Takt der römischen Juristen u. s. w. Weihrauch hat man dem römischen Recht genug gestreut, und es lagert sich, möchte ich sagen, um dasselbe eine glänzende Atmosphäre, durch die der Unkundige erst hindurchdringen muß, um sich ihm zu nähern; aber sobald er sie hinter sich hat, sobald der Gegenstand selbst in seiner Nacktheit sich ihm zeigt, tritt eine bittere Enttäuschung ein, und man begreift nicht, worin die viel gepriesene Größe desselben bestehen soll. Bei längerer Beschäftigung mit demselben offenbart sie sich freilich, aber mehr dem Gefühl, als der Erkenntniß; es verhält sich damit, wie mit dem Zauber, den manche Persönlichkeiten ausüben: man fühlt ihn, ohne sich bewußt zu sein, worin er eigentlich beruhe. So hat auch das römische Recht auf tausende und aber tausende seiner Jünger die höchste Anziehungskraft ausgeübt; in ihnen allen lebte das G e f ü h l seiner Größe und artete nicht selten in fanatische Blindheit aus, aber an die wissenschaftliche B e g r ü n d u n g dieses Gefühls hat man kaum gedacht. Man begnügte sich, den Gegenstand auf das sorgfältigste zu erforschen und, wo es galt, ein Urtheil abzugeben, ihm in den allgemeinsten Ausdrücken ein glänzendes Zeugniß auszustellen. Bedürfte es aber eines solchen, käme es darauf an, die Größe des römischen Rechts auch für den Unkundigen in das rechte Licht zu setzen und dem Zweifler den Mund zu schließen, so brauchte man nur die Thatsachen sprechen zu lassen; die Geschichte selbst hat dem römischen Recht das beste Zeugniß ausgestellt.

Denn als das Volk, dem dasselbe angehörte, längst vom Schauplatz abgetreten, als im Laufe der Jahrhunderte eine neue Welt auf den Trümmern Roms sich gebildet hatte, da regte sich unter ihnen das Recht dieses Volks, das wieder erwachte aus der Erstarrung, der es lange verfallen gewesen. Wie es nun hervortrat in seinem fremdartigen, entstellten Aeußern, schwerfällig und einem abgelebten Greise ähnlich, wer hätte da glauben sollen, daß die blühenden, kräftigen Gestalten der jugendlichen Völker, denen jetzt die Welt gehörte, sich vor diesem Fremdling beugen und ihn an ihren Heerd aufnehmen würden; daß er aus einem Lehrer allmählig ihr Gebieter werden und ihnen seine Gesetze aufzwingen würde? Wenn man weiß, mit wie festen Banden, mit wie viel tausend Fäden jedes Recht an das Volk seiner Heimath geknüpft ist; wenn man bedenkt, welchen Widerstand das Nationalgefühl so wie das Leben mit seinen unendlichen Interessen und Mitteln dem Eindringen eines fremden Rechts entgegenzusetzen vermag, so wird man ermessen, welche riesige Kraft dem römischen Recht inne wohnen mußte, um diesen Widerstand zu brechen und Völkern fremder Sprache und Sitte sein Joch aufzulegen. Mich hat jenes Wiedererwachen und das spätere Schicksal des römischen Rechts oft an ein bekanntes morgenländisches Märchen erinnert. Ein Zauberer bannt einen Geist in ein verschlossenes Gefäß. Lange liegt es verborgen auf dem Meeresgrunde, bis es in die Netze eines Fischers geräth. Er öffnet es, und damit erhält der gebannte Geist seine Freiheit zurück und beginnt sofort, sie zum Heile oder Unheile des Finders zu benutzen. So war auch der Genius des römischen Rechts zu einer Unthätigkeit von Jahrhunderten verdammt, bis das Behältniß, in das er im sechsten Jahrhundert eingeschlossen worden war, wieder geöffnet ward, und jetzt strömte er aus fast über den ganzen europäischen Continent, zerstörend und schaffend, und keine Macht der Lebendigen war diesem Geiste des Alterthums gewachsen.

In dieser Apotheose des römischen Rechts liegt die Größe

desselben in unverkennbaren Zügen ausgesprochen, nichts ist also leichter, als den Beweis dieser Größe zu erbringen. Aber wenn man weiter dringt, wenn man frägt: worauf beruht sie denn, wodurch unterscheidet sich das römische Recht so sehr zu seinem Vortheile von andern Rechten, dann geben uns selbst die größten Kenner desselben nur ungenügende Antwort. Man preist den Scharfsinn und die Consequenz der römischen Juristen, aber damit ist nichts gewonnen. Dieselbe Eigenschaft findet sich in nicht minderem Grade, ja vielleicht mit einer noch schärferen Spitze in der talmudischen Jurisprudenz [1]) und in der juristischen und moralischen Casuistik der Jesuiten, [2]) und wie sehr treten doch beide hinter das römische Recht in den Schatten. Wenn man auch noch so viele Vorzüge der römischen Juristen nahmhaft machen will, so führen sie alle nur zu dem einen Satze, daß letztere große Meister gewesen. Wer aber von irgend einem Produkt nachweisen will, daß und warum es ein Meisterstück sei, wird gewiß nicht den Weg einschlagen, daß er zeigt, der Urheber habe alle Eigenschaften besessen, um ein solches Meisterstück zu liefern, sondern er wird sich an das Werk selbst halten und auf jeden einzelnen Vorzug desselben aufmerksam machen.

Es ist nun höchst auffallend, wie wenig Sinn für eine solche Materialkritik des römischen Rechts in unserer Literatur hervortritt. Es ist weder der Versuch einer Beurtheilung des römischen Rechts im ganzen und großen gemacht, noch pflegt auch bei der Bearbeitung einzelner Lehren eine solche kritische Betrachtungsweise hervorzutreten. Man begnügt sich, das römische Recht möglichst rein darzustellen, ich möchte sagen, man müht sich ab, täglich von neuem den Aktenauszug zu verbessern, ohne zu gedenken, daß sich ihm ein Urtheilsentwurf nebst Entscheidungsgründen anschließen soll. Worin liegt der Grund die-

---

1) Man vergleiche z. B. den Schulchan Aruch, von dem eine abgekürzte Uebersetzung 1838 zu Hamburg erschien.

2) Namentlich in der Lehre vom Eide und von der Ehe.

ses Versäumnisses? Hält man diese Aufgabe einer Urtheilsfällung für so leicht, daß die Literatur sich ihr nicht erst zu unterziehen brauche, ihre Lösung sich vielmehr von selbst ergebe? Das wäre ein großer Irrthum; man müßte gar keine Ahnung von der Bedeutung und dem Umfang dieser Aufgabe haben. Oder ist unsere Jurisprudenz bei ihrer praktischen Tendenz gleichgültig gegen alle Fragen, die sich nicht unmittelbar auf die praktische Anwendbarkeit des Rechts beziehen? Dies ist eben so wenig der Fall, wie ja die eifrige Cultur der römischen Rechtsgeschichte am besten bezeugt.

Nein, scheuen wir uns nicht, den Vorwurf auszusprechen: der Grund jenes Versäumnisses liegt nicht im Nicht-Wollen, sondern im Nicht-Können. Zu einer wahrhaften Kritik des römischen Rechts, zur Erforschung seines innersten Wesens und seiner letzten Gründe fehlt es unserer romanistischen Jurisprudenz sowohl an der subjektiven Fähigkeit wie an dem objektiven wissenschaftlichen Apparat. Die Beschaffenheit des Stoffes, dem ihre ganze Thätigkeit gewidmet ist, zwingt sie, denselben stets in größter Nähe, ich möchte sagen mit der exegetischen Lupe in der Hand zu betrachten, und diese Fertigkeit ist durch Uebung so sehr in ihr ausgebildet, ihr wissenschaftlicher Apparat, ihre Lupen und Mikroskope sind so scharf geschliffen, daß sie in der kleinsten, unscheinbarsten Stelle aus den Pandekten oder Gajus gewissermaaßen das Blut circuliren sehen kann. Aber wie dadurch einerseits das Auge für solche mikroskopische Beobachtungen geschärft wird, nimmt andererseits die Weitsichtigkeit desselben ab, und es stellt sich eine Abneigung gegen die Einnahme entfernterer Standpunkte ein. Ist es nicht erklärlich, daß mancher, der jedes Sandkorn in der Nähe sieht, in allgemeineren Gesichtspunkten nichts erblickt, als verschwimmende Umrisse, Seifenblasen, an denen nur ungründliche Naturen Gefallen finden können? Unsere gegenwärtige Aufgabe erfordert aber durchweg ein Operiren mit allgemeinen Gesichtspunkten, eine Betrachtung aus der Ferne. Um das römische Recht zu beurtheilen,

können wir uns nicht an einzelne Bestimmungen desselben halten, sondern wir müssen dasselbe prinzipiell erfassen, wir sind daher beständig gezwungen zu abstrahiren. Statt der Lupe bedürfen wir, wenn der Vergleich erlaubt ist, der Teleskope d. h. statt einer Kritik, die die Ueberlieferungsform des römischen Rechts, die Handschriften, Varianten u. s. w. zum Gegenstand hat, einer Kritik des Rechts überhaupt, einer allgemeinen Naturlehre desselben. Wer messen will, bedarf eines Maaßstabs, und den Maaßstab zur Beurtheilung eines einzelnen Rechts kann uns nur die allgemeine Lehre von der Natur und Erscheinungsform des Rechts überhaupt geben. Wie dürftig ist es aber mit dieser Lehre bestellt, wie gering ist das Kapital von Begriffen, Anschauungen und Gesichtspunkten, das uns die heutige Jurisprudenz zu diesem Zwecke zu Gebote stellt. Mir ist dieser Mangel bei meiner Arbeit sehr fühlbar geworden. An wie mancher Erscheinung mußte ich ohne Ausbeute vorübergehen, bei der es mir doch gewiß war, daß sie einen geistigen Gehalt in sich schließe, den zu finden es nur einer Erweiterung der rechtsphilosophischen Auffassung bedürfte. Was uns im Leben täglich begegnet, geschieht auch in der Wissenschaft; gedankenlos gehen wir vor manchen merkwürdigen Erscheinungen vorbei, und wenn wir aufmerksam darauf gemacht sind, erscheint uns unser früheres Uebersehen unbegreiflich. So wird auch eine kommende Zeit es unerklärlich finden, daß unsere gegenwärtige Jurisprudenz, die eine so hohe Kenntniß des römischen Rechts besitzt, doch eine so geringe Beobachtungsgabe für die charakteristischen Eigenschaften desselben gehabt hat, und daß uns verschlossen blieb, was demnächst, wenn der rechte Begriff dafür gefunden, dem blöden Auge sichtbar wird. Mich hat bei meiner Aufgabe öfter das Gefühl beschlichen, als hätte ich vor mir den gestirnten Himmel; die Resultate meiner Beobachtung erhöhen täglich in mir die Ueberzeugung, daß sich hier dem Forschergeiste noch ein unendliches Feld von Entdeckungen öffnet, aber bei jedem Schritte, den ich selbst vorwärts zu machen strebe,

hemmt mich, um im Bilde zu bleiben, der dürftige Apparat der Sternwarte und drängt mir die Ueberzeugung auf, daß er selbst erst vermehrt und verbessert werden muß, damit die Ausbeute lohnender werde. In demselben Maaße, in dem die allgemeine Naturlehre des Rechts auf rechtsphilosophischem und empirisch-comparativem Wege sich vervollkommnet und an neuen Begriffen und Gesichtspunkten sich bereichert, wird auch die Einsicht in das wahre Wesen des römischen Rechts steigen. Jene Naturlehre selbst liegt heutzutage noch in der Kindheit und die vorliegende Schrift hat neben ihrer Hauptaufgabe zugleich die Bestimmung, diese Lehre um einige Beiträge zu bereichern, bei Gelegenheit der Beurtheilung eines einzelnen Rechts Gesichtspunkte aufzustellen, die dem Wesen des Rechts überhaupt entnommen sind, eine allgemeinere Wahrheit beanspruchen. Ihre Benutzung für unsern speziellen Zweck wird eine nähere Begründung derselben unvermeidlich machen, aber auch nur soweit jener Zweck es erheischt, werden wir es uns verstatten, dieselben auszuführen.

Mit dieser Versicherung scheinen schon die nächsten Paragraphen in Widerspruch zu treten. Dieselben sollen nämlich die richtige Methode für eine rechtshistorische Darstellung vorzeichnen, und daß unsere Aufgabe rechtshistorischer Art ist, liegt auf der Hand, denn das römische Recht läßt sich ohne Eingehen auf seine Geschichte nicht beurtheilen. In wie fern unsere Aufgabe von der der römischen Rechtsgeschichte abweicht, wird sich bei der Begründung der Methode am besten bestimmen lassen. Ich gehe nun bei dieser Begründung von der Idee aus, daß jede Darstellung der Geschichte des Rechts den beiden Begriffen des Rechts und der Geschichte eine Genüge thun soll — ein gewiß höchst unschuldiger Satz, den, möchte man sagen, kein Rechtshistoriker je außer Augen gelassen hat. Aber in wie manchen Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte zeigt sich das Gegentheil, wie manche enthalten in Wahrheit weder eine Ge-

schichte, noch eine Geschichte des Rechts, sondern eine nach Zeit und Inhalt angeordnete Zusammenstellung von rechtshistorischem Material, ein Inventarium der römischen Rechtsgeschichte. Die folgende Darstellung wird die Grundgebrechen der herrschenden Methode bezeichnen, und sie sind so tief eingewurzelt, daß es nicht ausreichte, sie durch die That zu widerlegen, sondern daß ich es für unerläßlich hielt, dem Versuch einer solchen thatsächlichen Widerlegung die Begründung der nach meiner Ansicht richtigen Methode vorauszuschicken. Letzteres selbst war nur durch eine zusammenhängende Entwicklung der aus den beiden Begriffen des Rechts und der Geschichte sich für den Rechtshistoriker ergebenden Consequenzen möglich. Es ist aber nicht auf eine philosophische Analyse beider Begriffe abgesehen, sondern unser Zweck verstattet es uns von einfachen, unbestrittenen Wahrheiten auszugehen und uns mit einfachen Resultaten zu begnügen. Die einfachsten Wahrheiten werden aber bekanntlich nicht selten übersehen oder nicht zur Anwendung gebracht, und dieser alte Satz bewährt sich auch hier.

## Methode der rechtshistorischen Darstellung.

### I. Anforderungen die in der Natur des Rechts enthalten sind.

**1. Anatomische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Bestandtheile desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute — psychische Organisation des Rechts — Differenz zwischen dem objektiven Recht und der subjektiven Erkenntniß (latente Bestandtheile des Rechts) — Aufgabe der Wissenschaft.**

III. Wir gehen von der heutzutage herrschenden Auffassung des Rechts als eines objektiven Organismus der menschlichen Freiheit aus. Es ist gegenwärtig kein Streit mehr darüber, daß das Recht nicht, wie man es früher betrachtete, ein äußerliches Aggregat willkührlicher Bestimmungen ist, der Reflexion der

Gesetzgeber seinen Ursprung verdankt, sondern wie die Sprache eines Volkes ein innerlich zusammenhängendes Produkt der Geschichte ist. Menschliche Absicht und Berechnung hat freilich ihren Antheil an der Bildung desselben, aber sie findet mehr, als daß sie schafft, denn die Verhältnisse, in denen sich das Gattungsleben der Menschheit bewegt, warten nicht erst auf sie, daß sie sie aufrichtete und gestaltete. Der Drang des Lebens hat das Recht mit seinen Anstalten hervorgetrieben und unterhält dasselbe in unausgesetzter äußerer Wirklichkeit. Die Gestalt, die die Sinnesart des Volks und seine ganze Lebensweise demselben aufgedrückt hat, ist das, was jede legislative Reflexion und Willkühr vorfindet, und woran sie nicht rütteln kann, ohne selbst zu Schanden zu werden. In steter Abhängigkeit von dem Charakter, der Bildungsstufe, den materiellen Verhältnissen, den Schicksalen des Volks verläuft die Bildungsgeschichte des Rechts und neben den gewaltigen historischen Mächten, die dieselbe bestimmen, schrumpft die Mitwirkung menschlicher Einsicht, wenn sie statt Werkzeug Schöpferin sein wollte, in Nichts zusammen.

Die reale, objektive Schöpfung des Rechts, wie sie uns in der Gestaltung und Bewegung des Lebens und Verkehrs als verwirklicht erscheint, läßt sich als ein Organismus bezeichnen, und an dieses Bild des Organismus wollen wir unsere ganze Betrachtung anknüpfen. Indem wir dieses Bild benutzen, legen wir damit dem Recht die Eigenschaften eines Naturproduktes bei, also Einheit in der Vielheit, Individualität, Wachsthum von innen heraus u. s. w. Diese Vergleichung, die Bezeichnung: organisch, naturwüchsig u. s. w. ist heutzutage eine sehr beliebte geworden, aber nicht selten ist sie ein prunkendes Aushängeschild, hinter dem sich eine ganz mechanische Behandlungsweise verbirgt, ein Glaubensbekenntniß in Worten, das man im ersten Paragraphen ablegt, um es nachher durch die That verläugnen zu dürfen.

Jeder Organismus macht nun eine doppelte Betrachtung

möglich, eine anatomische und eine physiologische; jene hat die Bestandtheile desselben und ihr Ineinandergreifen, also seine Structur, diese die Functionen desselben zum Gegenstand. Wir wollen nun das Recht diesen beiden Betrachtungsweisen unterwerfen und zwar wenden wir uns in diesem Paragraphen zuerst der Structur desselben zu.

Wie jeder Organismus zusammengesetzt ist aus verschiedenen Theilen, so auch der des Rechts. Je edler aber und zarter diese Theile organisirt sind, je weniger sie also auf der Oberfläche liegen, desto später kommen sie dem Menschen zum Bewußtsein, und dies gilt auch vom Recht. Bei jedem Volke hat die Kunde von der Organisation des Rechts, vom Aeußerlichen immer weiter zum Innerlichen aufsteigend, eine lange Stufenleiter zurücklegen müssen. Die Frucht dieser auf die Erkenntniß des Rechts gerichteten Thätigkeit ist das Aussprechen des Erkannten, ich nenne es das Formuliren des Rechts. Es geschieht theils aus dem Volke heraus, indem die thatsächlich beachteten Normen in Form von Rechtssprüchwörtern ausgedrückt werden, theils durch den Gesetzgeber, indem er bestehende Gewohnheitsrechte anerkennt oder neue Normen, die ihm als Recht erscheinen, aufstellt, theils endlich durch Doctrin und Praxis, indem sie sich geltender Rechtssätze oder ihrer Consequenzen bewußt werden. Alle diese Beiträge sind Versuche, das Recht ins Bewußtsein zu bringen, und für alle diese Versuche gilt jener Satz, daß die Erkenntniß mit dem Aeußerlichen beginnend erst allmählig zum Innerlichen aufsteigt. Dies wollen wir nun im folgenden ausführen und, indem wir dem menschlichen Geist in dieser seiner Arbeit folgen, die Stufenleiter in der Organisation des Rechts selbst kennen lernen.

Das erste, das er erblickt, sind die äußeren, praktischen Spitzen des Rechts, die Theile, deren Thätigkeit ihm sofort in die Augen springen muß, nämlich die Rechtssätze. Er sieht, daß etwas geschieht und sich stets wiederholt, er fühlt, daß es geschehen muß, und faßt dies Müssen in Worte. So entstehen

die Rechtssätze. Aber wie weit bleiben diese Abstractionen hinter der Wirklichkeit, der sie entnommen sind, zurück; wie roh und lückenhaft ist das Bild, das sie uns von derselben gewähren. Sie gleichen den ersten plastischen Versuchen eines Volkes. So wenig wie man aus letzteren folgern dürfte, daß Menschen und Thiere zu jenen Zeiten so ausgesehen hätten, wie sie in diesen unvollkommnen Nachbildungen erscheinen, so wenig ist die Annahme verstattet, daß sämmtliche Rechtsregeln aus der Kindheitsperiode eines Volkes ein getreues Bild seines Rechts gewähren. In qualitativer sowohl wie quantitativer Hinsicht bleiben dieselben vielmehr hinter dem Rechte, wie es lebte und leibte, weit zurück.

Ist dies nicht eine kecke Behauptung? Wie wissen wir denn, daß das Recht einen andern Umfang und Inhalt gehabt habe, als die uns erhaltenen Rechtssätze bekunden? Die Sache ist einfach. Um einen Gegenstand richtig darzustellen, ist eine doppelte Fähigkeit nöthig, nämlich die, ihn getreu in sich aufzunehmen und die, ihn getreu wieder zu geben, oder mit andern Worten Beobachtungsgabe und Darstellungstalent. Auf das Recht angewandt also ist erforderlich, daß der Darstellende unter der bunten Hülle der concreten Lebensverhältnisse, aus denen er die Regel abstrahiren soll, den rechtlichen Kern wahrnehme, und sodann daß er denselben entsprechend zu formuliren verstehe. Wie wir aber in der uns umgebenden äußeren Natur täglich manche bedeutungsvolle Erscheinung übersehen, und oft erst ein Zufall den Beobachter aufmerksam macht und zu den wichtigsten Entdeckungen den Anstoß gibt, so ist dasselbe auch in der moralischen Welt der Fall, ja es gilt für sie, die nur mit dem geistigen Auge wahrgenommen werden kann, in einem noch höheren Grade. Wir finden eine bestimmte Organisation derselben vor und haben uns an die gleichmäßige Fortdauer derselben so gewöhnt, daß wir gar nicht auf die Frage kommen, in wie weit diese Ordnung bloß faktischer, in wie weit sie rechtlicher, nothwendiger Art sei. Da macht der Zufall, daß Jemand in

irgend einem Punkt dieser Ordnung zuwider handelt, uns aufmerksam; wir werfen jene Frage auf, und mit der Frage ist auch die Antwort, die Erkenntniß da. So verdankt vielleicht auch die Kunde der moralischen Welt dem Zufall ihre folgenreichsten Entdeckungen. Bei vielen Entdeckungen ist die Antwort weniger schwierig gewesen, als die Frage, und der Wissenschaft, die vor lauter Anworten nicht zum Fragen kam, hat oft der Zufall zu Hülfe kommen und die rechten Fragen hinwerfen müssen.

Mühsam und langsam schleicht auf dem Gebiete des Rechts die Erkenntniß und auch bei hoher Reife entzieht sich noch manches ihrem Blicke. So groß die Virtuosität der klassischen römischen Juristen war, so gab es doch auch zu ihrer Zeit in jedem Moment Rechtssätze, die da waren, ohne von ihnen erkannt zu sein, und die erst durch die Bemühungen ihrer Nachfolger ans Tageslicht gebracht sind. Wenn man uns frägt: wie war dies möglich, da sie doch, um angewandt zu werden, erkannt sein mußten, so können wir statt aller Antwort auf die Sprachgesetze verweisen. Dieselben werden von Tausenden täglich angewandt, die nie etwas von ihnen gehört haben; was der Erkenntniß gebricht, ersetzt das Gefühl, der Takt.[3])

---

3) Ich kann es mir nicht versagen, hier eine Bemerkung von einem Sprachforscher, dessen Resultate ich im Laufe des Werks noch oft benutzen werde, mitzutheilen, nämlich von Pott Etymologische Forschungen auf dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen u. s. w. Bd. 1. 1833. S. 146: „Jene umgekehrte Kurzsichtigkeit, welche wohl entfernte Punkte, aber nicht die ganz nahe liegenden wahrnehmen läßt, offenbart sich im geistigen Sinne am Menschen vorzüglich rücksichtlich der Kenntniß seiner Muttersprache. Diese bietet dem Fremden auf den ersten Blick eine Menge auffallender und hervorstechender Punkte dar, die der, welcher sie von Kindesbeinen an redet, eben der Gewohnheit wegen entweder nie oder nur schwer inne wird; jener wird schon äußerlich gezwungen darauf sein Augenmerk zu richten, während dieser erst den Reiz des Aufmerkens durch Willenskraft hervorbringen muß. Daher die bekannte Erscheinung, daß man sich in der Regel der Muttersprache erst durch die Erlernung fremder Sprachen recht bewußt wird und daß es fast schwerer ist, eine Grammatik der Muttersprache als einer

Also die Entdeckung der vorhandenen Rechtsregeln ist bedingt durch die Beobachtungsgabe.[4]) Daß letztere aber nach Verschiedenheit der Zeiten und Individuen großer Abstufungen fähig ist, liegt eben so sehr auf der Hand, als daß das Maß derselben im allgemeinen sich nach der geistigen Bildung des Beobachtenden bestimmt. Wir werden also nicht Unrecht thun, wenn wir ungebildeten, rohen Völkern zurufen: Das wenigste von der Rechtswelt, die Euch umgibt, habt Ihr begriffen, das meiste entzieht sich Eurem Auge und lebt bloß in Eurem Gefühl; Ihr steht in Rechtsverhältnissen, ohne es zu wissen, Ihr handelt nach Normen, die Keiner von Euch ausgesprochen hat; die Rechtssätze, von denen Ihr Kunde habt, sind nur vereinzelte Streiflichter, die die Welt des thatsächlichen Rechts in Euer Bewußtsein wirft.

Als zweite bei der Aufstellung von Rechtssätzen mitwirkende Eigenschaft bezeichneten wir das Formulirungsvermögen oder die Fähigkeit, den entdeckten Rechtssätzen ihren angemessenen Ausdruck zu geben. Sie setzt eine richtige Erkenntniß voraus, aber ist noch nicht mit ihr gegeben; wie manche Anschauung steht klar und bestimmt vor unserer Seele, die wir doch nur höchst unvollkommen in Worte bringen können. Jedes, auch das relativ vollendetste Recht bietet uns Beispiele von mißlungenen Formulirungen d. h. nicht von Mißgriffen in den Bestim-

---

fremden zu verfassen. Ferner würde der größte Sprachvirtuose vielleicht der schlechteste Grammatiker sein und umgekehrt. Doch wozu dies? Um uns dem Wahne derer entgegenzustellen, welche die Autorität eines Nationalgrammatikers in All' und Jedem für heilig halten. Es gibt aber solche Böotier, und sie kehren wieder, so oft man sie auch mit den Zinken austreibt.“ Statt Sprache und Nationalgrammatiker setze man Recht und Nationaljurist und mutato nomine de nobis fabula narratur.

4) Auch bei der Aufstellung neuer Rechtssätze durch den Gesetzgeber ist die Beobachtungsgabe erforderlich; sie hat hier nur ein anderes Objekt, nämlich statt der vorhandenen Regel das Bedürfniß nach einer neu zu bildenden Regel.

mungen selbst, sondern in ihrer Fassung, und beweist damit die hohe Schwierigkeit der hier zu betrachtenden Operation. Wenn letztere selbst zu Zeiten der höchsten geistigen Reife nicht immer gelingt, wie unvollkommen muß sie ausfallen bei einem Geschlechte, das geistiger Arbeit wenig gewohnt ist, wie groß also muß hier die Differenz zwischen dem thatsächlichen und dem formulirten Recht sein. Die Formulirung wird bald zu eng, bald zu weit sein. Bald werden wesentliche Voraussetzungen der Regel verschwiegen, vielleicht weil man ihrer gar nicht gedachte, vielleicht auch weil man sie für selbstverständlich ansah; bald lautet die Regel allgemein, ohne der nothwendigen Modifikationen zu erwähnen; bald erscheint sie geknüpft an eine besonders hervortretende Spezies, während sie doch ihrer praktischen Gültigkeit nach die ganze Gattung betraf u. s. w.

Jene Differenz zwischen dem formulirten und thatsächlichen Recht ist nun sowohl quantitativer als qualitativer, extensiver als intensiver Art oder m. a. W. neben den ausgesprochenen Rechtssätzen gibt es noch latente Rechtssätze, und die ausgesprochenen selbst enthalten nicht immer eine adäquate Formulirung, so daß also die Theorie es in ihrer Hand hat, aus dem bestehenden Recht sowohl die Summe der Rechtssätze zu vermehren, als letztere selbst zu verbessern. Je nach Verschiedenheit der Zeiten und Völker ist jene Differenz verschieden; es ist nicht bloß die Culturstufe, die sie bestimmt, sondern auch die Verschiedenheit der natürlichen Anlage, des angebornen Talents. Manchem Volke ist es weniger Bedürfniß, sich sein Recht zum Bewußtsein zu bringen und es äußerlich zu fixiren, ein anderes ist von vornherein von diesem Triebe beseelt, und besitzt auch die erforderliche natürliche Begabung. Letztere äußert sich weniger quantitativ, in der Menge der Rechtssätze, als in ihrer Beschaffenheit; ja es kann die quantitative Produktivität gerade ein Zeichen von Schwäche sein.[5])

5) Bei Gelegenheit der unten folgenden Betrachtung der systematischen Seite des Rechts wird sich dies leichter entwickeln lassen.

Wie graduell verschieden aber auch jene Differenz bei verschiedenen Völkern sein möge, ganz gehoben wird sie nie. Bis jetzt wenigstens hat die Erfahrung bewährt, daß das Recht eine unversiegbare Quelle ist, aus der Theorie und Praxis täglich subjektiv neue d. h. bis dahin noch nicht erkannte Rechtssätze schöpfen, und bis jetzt noch haben sich die Formulirungen aller Zeiten als bildungs- und vervollkommnungsfähig bewiesen. Daß die rein doctrinellen Formulirungen beständig im flüssigen Zustande begriffen sind, täglich neue Formen annehmen, braucht kaum gesagt zu werden. Für den Laien aber bedarf es der Bemerkung, daß dasselbe auch bei den durch Gesetze ausgesprochenen Rechtssätzen der Fall ist und zwar nicht etwa — was sich von selbst versteht — bloß in der Weise, daß der Gesetzgeber selbst seine Versehen rectificirte, sondern auch ohne seine Beihülfe rein auf dem Wege doctrineller Thätigkeit. Dies geschieht theils durch die Interpretation, indem der wahre Sinn des Gesetzes einer zu engen oder zu weiten Wortfassung gegenüber festgestellt wird, theils durch die analoge Ausdehnung, die eine Fortbildung des Gesetzes selbst enthält, indem sie zeigt, daß die gesetzliche Bestimmung fälschlich an einen unwesentlichen Thatbestand geknüpft war, an eine einzelne Spezies anstatt an die Gattung, und folglich über die engen Gränzen, die sie selbst sich setzte, ausgedehnt werden müsse.[6])

6) Die analoge Ausdehnung wird am häufigsten in dem Falle eintreten, wenn zur Zeit der Erlassung des Gesetzes nur bestimmte einzelne Spezies der Gattung bekannt waren, und hinterher erst andere aufkamen z. B. ein Gesetz aus alter Zeit spricht bei der Münzfälschung von gemünztem Gelde, späterhin aber kömmt Papiergeld auf. Indem nun die Doctrin das Gesetz auf letzteres ausdehnt, geht sie von der Idee aus: Das Gesetz war für den Gattungsbegriff Geld (öffentlich beglaubigtes Tauschmittel) bestimmt, es erscheint aber an eine Spezies (Metallgeld) geknüpft, weil zur Zeit seiner Abfassung die Gattung noch mit dieser einen Spezies zusammenfiel; das wesentliche seines Thatbestandes liegt aber nicht in dem, was die Spezies auszeichnet (Metall), sondern in dem, was der Gattung gemein ist (Geld).

Nachdem wir jetzt dies Resultat gefunden haben, daß zwischen dem objektiven Recht, wie es thatsächlich lebt und leibt, und seiner Fassung in Form von Rechtssätzen (wir können sie auch die Theorie des Rechts nennen) keine vollständige Congruenz besteht, wollen wir eine Frage beantworten, die sich gewiß manchem Leser aufdrängt. Nämlich man könnte meinen, daß jene mangelhaften Formulirungen eine nachtheilige Rückwirkung auf das Recht selbst ausüben müßten. Wie verhält es sich damit? Man muß unterscheiden. Gerade zu den Zeiten, wo sie am unvollkommensten sind, weil das Formulirungsvermögen auf der niedrigsten Stufe steht. droht diese Gefahr am wenigsten. Wo nämlich die Anwendung derselben zu einem Widerspruch mit dem Recht, wie es objektiv in der Wirklichkeit und subjektiv in dem Gefühl und der Anschauung lebt, führen würde, tritt letztere rectificirend dazwischen.[7] Zwischen den Rechtssätzen und dem wirklichen Recht besteht hier also das Verhältniß, welches ein römischer Jurist[8]) für die regulae juris dahin angibt: regula est, quae rem, quae est, b r e v i t e r enarrat; n o n u t e x r e g u l a j u s s u m a t u r, sed ex jure, q u o d e s t, regula fiat. Auch verdient dabei wohl beachtet zu werden, daß diese Rechtssätze den Zeitgenossen, die die concreten Rechtsverhältnisse täglich vor Augen haben, in einem ganz andern Lichte erscheinen, als dem späteren Beobachter; jenen genügt eine unvollkommne Skizze, sie reproducirt in ihnen das vollständige Bild, während dieser eben nichts darin erblickt, als rohe Umrisse. Man könnte sie auch Notizen nennen, die sich ein Volk über die Erweiterung seines Rechtsbewußtseins macht. So dürftig sie sind, so unverständlich für jeden Dritten, der die Voraussetzung ihres Ver-

---

7) Auch hier verweise ich wieder auf die Analogie der Sprache. Unrichtige grammatikalische Regeln schaden dem Sprachgebrauch des Lebens zu d e n Zeiten am wenigsten, wo die Fertigkeit grammatikalischer Abstractionen am wenigsten ausgebildet ist.

8) Paulus in der L. 1 de R. I. (50. 17).

ständnisses nicht mitbringt, so gewähren sie doch dem, der sie selbst sich entworfen hat, nicht bloß einen Anhaltspunkt für sein Gedächtniß, sondern die bloßen Andeutungen leisten ihm den Dienst ausführlicher Schilderungen; er bemerkt die Lücken gar nicht. So wird auch die absolute Unvollkommenheit alter Rechtssätze relativ für die alte Zeit selbst ausgeschlossen, weil sie den objektiv wahren Sinn derselben, der in ihnen nicht ausgesprochen vorliegt, aus sich selbst, aus ihrer Rechtsanschauung in sie hineinträgt.

Je mehr nun im Laufe der Zeit die Frische und Lebendigkeit der unmittelbaren Anschauung des Rechts abnimmt, um so mehr steigt (wie bei der Sprache) der Einfluß der Theorie auf die Anwendung des Rechts und damit auch die Möglichkeit, daß die Mißgriffe, die letztere bei der Formulirung ihrer Rechtssätze begangen hat, praktische Nachtheile hervorrufen. Aber in demselben Maße, in welchem das Bedürfniß nach richtiger theoretischer Erfassung des Rechts fühlbarer und dringender wird, mehren und verbessern sich auch die Versuche zu seiner Befriedigung, und es sucht die Theorie in sich selbst, in ihrer eignen Uebung und Reife das Sicherungsmittel zu gewinnen, das ihr früher die ungebrochene Jugendkraft des Rechtsgefühls gewährte. Je mehr es ihr gelingt, die substantiellen Bildungen des Lebens getreu zu formuliren, um so ehr wird sie aus einem bloßen Spiegel des Rechts eine Quelle desselben; je weniger sie dieser ihrer Aufgabe entspricht, je weiter sie sich vom Leben entfernt, um so mehr weist letzteres ihre nutzlose Beihülfe zurück, und die natürliche Heilkraft des Rechtsorganismus ersetzt wieder, wie in der Kindheitszeit desselben, die Geschicklichkeit des Heilkünstlers.[9])

Welchen Nutzen kann uns nun die bisherige Ausführung für unsere speziellen Zwecke leisten, welches sind die Consequen-

---

9) Von den Gesetzen gilt dasselbe, nur daß hier der Widerstand von Seiten des Lebens mehr erschwert ist.

zen, die sich aus derselben für die Methode der Darstellung des Rechts ergeben? Zwei Sätze sind es, oder richtiger ein Gedanke, der uns nach zwei Seiten hin nutzbar werden kann. Der Grundgedanke nämlich, den wir bisher entwickelt haben, daß die Rechtssätze nur die praktischen Spitzen des Rechts sind und sowohl extensiv als intensiv hinter letzterem zurück bleiben, dieser Grundgedanke richtet an uns nach der einen Seite eine Warnung, nach der andern eine Aufforderung. Eine Warnung, nämlich die, das Recht irgend einer Zeit nicht mit ihren Rechtssätzen zu identifiren. Je niedriger die Bildung dieser Zeit, je geringer ihre Fertigkeit zu abstrahiren und zu formuliren, um so weniger dürfen wir glauben, in ihren Rechtssätzen, und wären sie uns auch sämmtlich erhalten, ein getreues Bild ihres Rechts zu besitzen.[10]) Was wir an demselben haben, ist das Bewußtsein der Zeit über ihr Recht in seiner unmittelbar praktischen Form, nicht das Recht, wie es in der Wirklichkeit bestand. An diese Warnung knüpft sich denn fast nothwendig die Aufforderung, das Recht selbst, oder da wir es hier nur zunächst mit einem Theile des Rechts, den Rechtssätzen zu thun haben, sie selbst richtiger zu formuliren und die latenten Rechtssätze ans Tageslicht zu bringen. Es scheint freilich sehr gewagt, wenn der vielleicht um mehre Jahrhunderte später stehende Historiker sich vermessen will, den Rechtssätzen der Vergangenheit erst ihre wahre Gestalt zu geben; es klingt paradox, daß ein Rechtssatz lange, nachdem er aufgehört hat zu existiren, erst entdeckt werden soll. Aber ist dies in der That so auffällig und unerhört? Wie manche geschichtliche Erscheinung wird erst begriffen, nachdem sie längst vorüber gegangen ist, wie manche Persönlichkeit erst richtig gewürdigt, nachdem sich das Grab über ihr geschlossen

10) So wenig wie in den ersten dürftigen Grammatiken einer Sprache ein getreues Bild der Sprache selbst. Was ich im folgenden verlange, ist nichts anders, als daß der Jurist, wie der Philologe es täglich bei der Sprache thut, statt jener Grammatiken des Rechts das Recht selbst zur Hand nehme.

hat. Wenn der Blick der Nachwelt nicht weiter trüge, als der der Zeitgenossen, so wäre die Geschichte eine todte Wissenschaft und könnte sich darauf beschränken, für jede Periode die gleichzeitigen Darstellungen abdrucken zu lassen. Wie aber der Historiker diese Referate einer Kritik unterwirft und sie nur als Quellen für seine eigne Darstellung benutzt, so soll es auch der Rechtshistoriker mit den Formulirungen der Vergangenheit thun. Der Erfolg dieses Unternehmens hängt freilich von der Reichhaltigkeit seines Materials ab, aber es würde verkehrt sein zu glauben, als ob nur Mittheilungen der Zeitgenossen über den Sinn und die Anwendbarkeit der Rechtssätze ihn zu demselben in Stand setzen könnten. Sehr oft lassen letztere sich aus sich selbst sowohl berichtigen als vermehren. Jenes, indem z. B. e i n Rechtssatz durch einen andern ergänzt oder beschränkt wird, dieses, indem derselbe zu seinen Consequenzen verfolgt, oder aus mehren detaillirten Bestimmungen ein höheres Prinzip abstrahirt wird. Es ist nicht selten, daß ein Rechtssatz stückweis ins Bewußtsein tritt. Zuerst nämlich wird man sich seiner nur in Anwendung auf einen besonders dringenden Fall bewußt und er versteinert sich in der beschränkten Form, in der er hier zum ersten Mal erschien. Hinterher ruft ein etwas verschiedener Fall eine andere Seite desselben Rechtsatzes hervor, und es entsteht ein zweiter selbständiger Rechtssatz. So kommen nach und nach vielleicht alle Seiten und Anwendungsfälle eines einzigen generellen Rechtssatzes als besondere selbständige Partikeln zur Welt, und in dieser Zersplitterung kann er vielleicht lange Zeit forteristiren, da ein praktisches Interesse, die einzelnen Lichtstrahlen in ihrem Brennpunkt zu vereinigen, nicht vorhanden war, und die Theorie aus eignem Impulse sich dieser Aufgabe nicht unterzog. Ist hier nicht jedem Späteren Gelegenheit gegeben, den latenten Rechtssatz, der vergebens gerungen hat sich in seiner wahren Gestalt zu zeigen, ans Tageslicht zu bringen, und zwar ohne ein weiteres Material, als was jene vereinzelten Rechtssätze selbst ihm bieten? Dem Dogmatiker wird man die Berechtigung zu einer solchen Erwei-

terung und Vervollkommnung seines Stoffes nicht absprechen wollen, wenn gleich die wenigsten von derselben Gebrauch machen, aber es kann nicht genug hervorgehoben werden, daß auch vom Rechtshistoriker ganz dasselbe gilt,[11]) und daß eine gedeihliche Behandlung der Rechtsgeschichte sich ohne die Ausübung jener Berechtigung nicht denken läßt.

---

11) Er soll nur natürlich Rechenschaft darüber geben, wie er seine Resultate gewonnen hat und eine Abstraction, die er macht, als solche bezeichnen. Ich will hier eine Stelle mittheilen, die mich anfänglich sehr frappirte, nämlich aus Pott Etymologische Untersuchungen auf dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen Bd. 1 S. 145: „In jeder ursprünglichen Sprache liegt eine Unendlichkeit von Bildungskeimen, deren nur ein sehr kleiner Theil zur wirklichen Entwicklung gediehen ist; jede enthält einen Vorrath von wirklichen und bloß möglichen Wörtern und Formen; jene sind ein baares Kapital, worüber sie jeden Augenblick frei verfügen kann, diese ein eingebildetes, das nur erst dann wahrhaften Werth erhält, wenn ihm der Gebrauch diesen zugestanden hat. Ohne diese öffentliche Beglaubigung bleibt dasselbe immer, wie sicher und fest auch übrigens seine Gewähr sei, null und nichtig. ——— Hieraus fließt nun für den Sprachforscher, wenn er nicht Gesetzgeber, sondern bloßer Berichterstatter des Realbestandes einer Sprache sein will, die Verpflichtung, nur die Befundnahme des wirklich in ihr vorhandenen Schatzes einzubringen, in keine Weise aber ihn zu vergrößern. Hierin wird nun aber unendlich oft gefehlt, indem man ganz willkührlich von dem wirklichen Befunde auf das, was möglicher Weise vorhanden sein könnte, schließt und so die Sprache reicher macht, als sie wirklich ist." Die Wahrheit dieser Bemerkung ist so einleuchtend, daß ich, während ich sie las, Gewissensbisse empfand, ob ich nicht für das Recht denselben Verstoß begangen habe, gegen den jener Gelehrte für sein Gebiet mit Recht sich erklärt. Da es mir hier nur um die Sache zu thun ist, so habe ich jene Stelle abdrucken lassen; wenn meine im Text vertheidigte Ansicht irrig ist, so führt diese Stelle sofort auf den Gesichtspunkt, aus dem sie widerlegt werden kann. Ich glaube jenes aber nicht, denn ich will der Vergangenheit keinen potentiellen Reichthum als actuellen, wirklichen andichten, sondern die Formulirung, die sie der Wirklichkeit gegeben, einer Kritik unterwerfen, also wenn ich die Analogie mit der Sprache beibehalten will, die grammatikalischen Abstractionen der Vergangenheit aus der Sprache, wie sie leibte und lebte und aus der auf uns gekommenen Literatur erkenntlich ist, berichtigen und vervollständigen.

Wir gehen jetzt in der Betrachtung der Structur des Rechtsorganismus einen Schritt weiter. Die Rechtssätze, welche wir bisher behandelt haben, wurden oben von uns die praktischen Spitzen des Rechts genannt; sie bilden gewissermaßen die äußere sichtbare Oberfläche des Rechts und bezeichnen, wo sie in irgend einem Recht ausschließlich und in ihrer ursprünglichen imperativischen Form gefunden werden, eine niedere Entwicklungsstufe desselben. Wie sich nun sowohl neben ihnen als aus ihnen höhere Bildungen des Rechts erheben, soll jetzt gezeigt werden.

Die Rechtssätze sind abstrahirt aus einer Betrachtung der Lebensverhältnisse und bestimmt, die denselben innewohnende Natur auszusprechen und sie ihnen zu sichern. Zur Bildung der rechtlichen Form eines einzigen Lebensverhältnisses können aber mehre Rechtssätze zusammenwirken; sie finden also in diesem ihrem gemeinsamen Gegenstande ihren Vereinigungspunkt und lagern sich um ihn wie die Muskeln um den Knochen. Das in dieser Weise rechtlich geformte Lebensverhältniß kann seinerseits wiederum in abhängiger Beziehung zu einem andern stehen, sich zu demselben verhalten z. B. als Phase, als ein transitorisches Moment desselben, wie der Erwerb und Verlust der Rechte zu den Rechten selbst; oder als Folge, wie die Succession des Erben in die Schulden des Erblassers zu der Antretung der Erbschaft; oder als Spezies zu der Gattung, wie der Kaufcontrakt zu den Contrakten, und diese zu den Obligationen. Auf diese Weise schießen denn die vielen mannigfaltigen Rechtsverhältnisse zu einigen weiten Grundformen zusammen, die ihrem Begriff, Zweck und ihrer Structur nach von einander geschieden sind; man nennt sie Rechtsinstitute.[12]) Sie bilden gewissermaßen das feste Knochengerippe des Rechts, um das die ganze Substanz desselben sich lagert.

---

12) So spricht man z. B. von dem Rechtsinstitut des Eigenthums, Erbrechts, Prozesses, der Vormundschaft u. s. w.

Es ist nun die Aufgabe der Wissenschaft, diese Gliederung des Rechts zu erforschen, für das Kleinste wie das Größte die richtige Stelle aufzusuchen. Diese systematische Seite der Jurisprudenz ist für die Erkenntniß des Rechts von ungleich höherer Bedeutung, als es auf den ersten Blick scheint, und wir wollen sie daher einer genaueren Betrachtung unterziehen.

Diese Bedeutung besteht nicht darin, daß das Recht ohne seinen systematischen Zusammenhang nicht verstanden werden kann, denn das ist bei jedem Gegenstande der Erkenntniß der Fall. Auch bedarf das heutzutage wohl keiner Bemerkung, daß das System ebensowenig beim Recht wie bei jedem andern Gegenstande eine Ordnung sein soll, die man in die Sache hineinbringt, sondern eine solche, die man herausholt. Jene ist die der Sache selbst fremde Logik eines Schematismus, in den sie gewaltsam hineingepreßt wird; es ist ein Netz, das man ebensogut über dies als über jenes Recht werfen könnte, und das die Auffassung der Structur des individuellen Gegenstandes mehr erschwert, als erleichtert. System ist gleichbedeutend mit innerer Ordnung der Sache selbst und ist daher immer ganz individuell; diesem Rechte ist ein anderes System eigenthümlich, als jenem. Bei dem Rechte besteht nun das Unterscheidende der systematischen Thätigkeit darin, daß dadurch nicht bloß wie bei jeder andern Wissenschaft das einzelne an seine richtige Stelle gebracht wird, sondern daß dieser formale Prozeß eine materielle Rückwirkung auf den Stoff ausübt, daß mit letzterem, nämlich den Rechtssätzen, eine innere Umwandlung vor sich geht. Die Rechtssätze treten gewissermaßen in einen höhern Aggregatzustand, sie streifen ihre Form als Gebote und Verbote ab und verflüchtigen sich zu Elementen und Qualitäten der Rechtsinstitute. So bilden sich aus ihnen z. B. die Begriffe der Institute, der Thatbestand der Rechtsgeschäfte, die Eigenschaften der Personen, Sachen, Rechte, Eintheilungen aller Art u. s. w. Ein Laie, der gewohnt ist, sich einen Rechtssatz in imperativischer Form zu denken, würde es kaum für mög-

lich halten, welch' bedeutender Theil des Rechtssystems sich ganz dieser Form entledigen, und ebensowenig wie den Rechtsbegriffen, Eintheilungen u. s. w. kurz der dogmatischen Logik eine intensivere praktische Bedeutung innewohnen kann, als den Rechtssätzen. Diese Logik des Rechts ist gewissermaßen die Blüthe, das Präcipitat der Rechtssätze; in einen einzigen richtig gefaßten Begriff ist vielleicht der praktische Inhalt von zehn früheren Rechtssätzen aufgenommen. Wir wollen einige Beispiele geben, und zwar nehmen wir zuerst einige Eigenschaften der Sachen, von denen man am wenigsten sagen sollte, daß sie aus Rechtssätzen entsprungen seien und sich wieder in solche umsetzen ließen. Bei der Eintheilung in res in commercio und extra commercium läßt sich dies noch am ersten einsehen; der Rechtssatz, der sich unter derselben verbirgt, lautet: an gewissen Sachen sollen gar keine Rechtsverhältnisse entstehen. Schwieriger ist es bei der Eintheilung der zusammengesetzten und einfachen, theilbaren und untheilbaren Sachen, denn sie betrifft nicht einmal eine juristische, sondern eine bloß natürliche Eigenschaft der Sachen. Und doch ruht auch in ihr praktische Kraft, es liegt in ihr z. B. folgender Rechtssatz: Wenn eine Sache mit einer andern in Verbindung gebracht wird und zwar von der und der Beschaffenheit, so gehen alle bisher an der hinzutretenden Sache bestandenen Rechtsverhältnisse unter; ist sie von der und der Beschaffenheit, so geht nun der Besitz unter und das Eigenthum und andere Rechte dauern fort; so lange die Verbindung dauert, steht der Eigenthümer der zusammengesetzten Sache in den und den Rechtsverhältnissen zu den einzelnen Theilen; wird sie aber wieder aufgehoben, so gilt hinsichtlich des Besitzes und der Usucapion dieses, hinsichtlich der reivindicatio und des Eigenthumes u. s. w. jenes. Kurz es sind viele praktische Fragen, die sich bei der Auflösung einer Sache in mehre und der Zusammensetzung mehrer zu einer aufwerfen lassen, und die mittelbar durch die Entwicklung der hier in Rede stehenden Eigenschaften der Sachen beantwortet werden. Nehmen wir als anderes

Beispiel den Begriff irgend eines Rechtes z. B. des Pfandrechtes. Die Definition desselben lautet: Pfandrecht ist ein Recht an einer fremden Sache, vermöge dessen man sie verkaufen und den Erlös zur Befriedigung einer Forderung verwenden darf. Darin liegen folgende Rechtssätze: 1) es ist die Verabredung rechtlich statthaft, daß ein Gläubiger zur Befriedigung seiner Forderung eine fremde Sache verkaufe; 2) wenn die Sache ihm abhanden kömmt, so hat er eine Klage gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe derselben (in rem actio); 3) die verpfändete Sache soll eine fremde sein; an eigner Sache kann kein Pfandrecht bestehen, daher geht dasselbe unter, wenn der Gläubiger das Eigenthum an der verpfändeten Sache erwirbt; 4) die Existenz einer Forderung ist Voraussetzung des Pfandrechts, mithin geht es unter, wenn die Forderung erlischt, und entsteht erst in dem Augenblick, wo die Forderung existent wird u. s. w.

Diese Präcipitirung der Rechtssätze zu Rechtsbegriffen scheidet die wissenschaftliche Auffassung und Behandlung eines Rechts von der Darstellung desselben in einem Gesetzbuch. Der Gesetzgeber kann sich darauf beschränken, seine Anforderungen in ihrer ursprünglichen, unmittelbar praktischen Form aufzustellen, die Wissenschaft aber hat nicht bloß die Aufgabe, dieselben zu erläutern und zu ordnen, sondern sie auf logische Momente des Systems zu reduciren. Der Gesetzgeber gibt uns, so zu sagen, zusammengesetzte Körper, die ihn bloß von Seiten ihrer unmittelbaren Brauchbarkeit interessiren, die Wissenschaft hingegen nimmt eine Analyse derselben vor und zerlegt sie in einfache Körper. Dabei zeigt sich denn, daß manche scheinbar heterogene Rechtssätze aus denselben Elementen gebildet sind, also gestrichen, gespart werden können; daß der eine vor dem andern nur das Plus eines einzigen Momentes voraus hat, also die Angabe desselben genügt; daß mancher Rechtssatz ganz und gar aus verschiedenen einfachen begrifflichen Elementen besteht, also umgekehrt durch Zusammensetzung derselben gewonnen werden kann. So bringt also diese Analyse erst die wahre Natur der Rechts-

sätze zur Erkenntniß, und ihr Resultat besteht darin, daß die Wissenschaft statt der endlosen Menge der verschiedenartigsten Rechtssätze eine übersichtliche Zahl einfacher Körper gewinnt, aus denen sie auf Verlangen die einzelnen Rechtssätze wieder zusammensetzen kann.[13]) Der Nutzen beschränkt sich aber nicht bloß auf diese Vereinfachung, die gewonnenen Begriffe sind nicht bloße Auflösungen der gegebenen Rechtssätze, aus denen immer nur letztere selbst sich wieder herstellen ließen; sondern ein noch höherer Vortheil liegt in der hierdurch bewerkstelligten Möglichkeit einer Vermehrung des Rechts aus sich selbst, eines Wachsthums von innen heraus. Durch Combination der verschiedenen Elemente kann die Wissenschaft neue Begriffe und Rechtssätze bilden; die Begriffe sind productiv, sie paaren sich und zeugen neue. Die Rechtssätze als solche haben nicht diese befruchtende Kraft, sie sind und bleiben nur sie selbst, bis sie auf ihre einfachen Bestandtheile reducirt werden und dadurch sowohl in aufsteigender als absteigender Linie zu andern in Verwandschaftsverhältnisse treten d. h. ihre Abstammung von andern Begriffen offenbaren und selbst ihrerseits wieder andere aus sich hervorgehen lassen.[14])

Bisher haben wir den Einfluß betrachtet, den diese Analyse

---

13) Es kann freilich auch völlig unauflösbare Bestimmungen geben, rein positive Vorschriften, die jeder Bemühung der Wissenschaft spotten, und die sich eben nur als Rechtssätze an der betreffenden Stelle des Systems aufführen lassen.

14) Um ein Beispiel zu geben, so nehmen wir an, ein neuerer Gesetzgeber habe das ganze Pfandrecht neu regulirt. Die Thätigkeit der Wissenschaft wird darin bestehn, daß sie das Pfandrecht zuerst in seine beiden Elemente auflöst: das dingliche (das Recht an einer fremden Sache) und obligatorische (die persönlichen Forderungs-Verhältnisse zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner). Sodann untersucht sie weiter, welche Modifikation der Begriff eines Rechts an der Sache und der Begriff der Forderung in dieser Combination im Pfandrecht erleidet; diese Modifikation ist dann das Spezifische des Pfandrechts, das allein einer nähern Verarbeitung bedarf, und in dem das productive Prinzip des Pfandrechts liegt.

und systematische Verarbeitung der Rechtssätze auf das Recht selbst äußert; wir können ihn mit einem Worte bezeichnen als die Erhebung der Rechtssätze zu logischen Momenten des Systems. Auch dem Leben gegenüber hat diese Operation die größte Bedeutung; sie liefert uns nämlich, können wir sagen, die einfachen Reagentien für die unendlich complicirten concreten Fälle des Lebens. Wer letztere nur mit Rechtssätzen in der Hand entscheiden wollte, würde in unaufhörlicher Verlegenheit sein, denn die Combinationskunst des Lebens ist so unerschöpflich, daß die reichste Casuistik eines Gesetzbuches ihren ewig neuen Fällen gegenüber dürftig erscheinen würde. Vermöge jener wenigen Reagentien hingegen lösen wir jeden Fall auf. Ich möchte mich noch eines anderen Vergleichs bedienen, nämlich jene systematische oder logische Structur des Rechts das Alphabet desselben nennen. Das Verhältniß, in dem ein casuistisch abgefaßtes Gesetzbuch zu einem auf seine logische Form reducirten Recht steht, ist dasselbe, worin die chinesische Schriftsprache zu der unsern steht. Die Chinesen haben für jeden Begriff ein besonderes Zeichen, ein Menschenleben reicht kaum aus, sie zu erlernen, und neue Begriffe erfordern bei ihnen erst eine Feststellung ihrer Zeichen. Wir hingegen haben ein kleines Alphabet, mittelst dessen wir jedes Wort auflösen und zusammensetzen können; leicht zu erlernen und nie uns im Stiche lassend. So enthält auch ein casuistisches Gesetzbuch eine Menge von Zeichen für bestimmte einzelne Fälle; ein auf seine logischen Momente reducirtes Recht hingegen bietet uns das Alphabet des Rechts, mittelst dessen wir alle noch so ungewöhnlichen Wortbildungen des Lebens entziffern und darstellen können.

Es läßt sich jetzt auch die Bemerkung begreiflich machen, die wir früher hinwarfen, daß nämlich der quantitative Reichthum an Rechtssätzen ein Zeichen der Schwäche sei. Er bekundet nämlich die Schwäche der intellektuellen Verdauungskraft, das Unvermögen, aus der Menge der Rechtssätze die logische Quintessenz herauszuziehen und in Fleisch und Blut aufzuneh-

men. Dies Vermögen ist gerade die charakteristische Eigenschaft der Jurisprudenz und die beständige Bethätigung desselben an den Rechtssätzen ihre unerläßliche Pflicht.

Kehren wir nun mit dem im bisherigen gewonnenen Resultat zu unserm Ausgangspunkt zurück, so hat sich also unsere Kenntniß des Rechtsorganismus dahin erweitert, daß die meisten Rechtssätze sich zu logischen Momenten des Rechts und diese wieder zu höheren Ordnungen gestalten, so daß von eigentlichen Rechtssätzen als solchen nur sehr wenig zurückbleibt. Diese, wie wir sie oben nannten, Präcipitirung der Rechtssätze im System ist nicht ein Werk subjektiven Beliebens, keine von der Wissenschaft vorgenommene Verarbeitung des Stoffes, sondern sie liegt in dem Rechte selbst; indem wir sie vornehmen und uns von den Rechtssätzen freimachen, vertauschen wir eine unvollkommne, äußerliche Betrachtung des Gegenstandes mit einer innerlichen Auffassung desselben. So wie das System nichts äußerlich in den Gegenstand hineingetragenes ist, sondern seine eigne Ordnung, so ist auch die scheinbar durch die systematische Thätigkeit bewirkte logische Gliederung und Transsubstantiation der Rechtssätze in der That nur das Erkennen der wahren Natur des Rechts. Dem geübten Auge erscheint das Recht als ein logischer Organismus von Rechtsinstituten und Rechtsbegriffen, dem ungeübten als ein Complex von Rechtssätzen; jenes ist die innere Natur des Rechts, dieses die dem praktischen Leben zugewandte Außenseite.

Wenn wir nun schon hinsichtlich dieser Außenseite des Rechts zu dem Satze gekommen sind, daß die Erkenntniß derselben mit Schwierigkeiten verbunden und daher oft sehr mangelhaft ist, so gilt dies von jener logischen Structur des Rechts in einem noch viel höheren Grade. Das unmittelbar praktische Bedürfniß führt nur zu der Erkenntniß von Rechtssätzen, es gehört eine besonders glückliche Naturanlage eines Volkes dazu, wenn es von den Rechtssätzen frühzeitig zur Entdeckung des Rechts-Alphabets gelangt. Wir werden sehen, daß darin gerade die ungewöhnliche Prädestination des römischen Volks

zur Cultur des Rechts sich manifestirt hat. Die hohen Schwierigkeiten dieser Methode der Behandlung des Rechts wurden aber selbst noch den klassischen römischen Juristen fühlbar. Omnis definitio in jure civili (Bildung des Begriffs aus dem Material der Rechtssätze) sagen sie,[15]) periculosa est; parum est enim ut non subverti possit; und es kommen Fälle vor, wo sie sich für unvermögend erklären, den Begriff genau zu bestimmen und darauf dringen, daß man sich aus dem Leben eine Anschauung desselben erwerben müsse.[16])

Auch hier also ist wieder dem später Stehenden die Gelegenheit gegeben, die Auffassung des Rechts der Vergangenheit von Seiten der Zeitgenossen zu verbessern, sich zum Bewußtsein zu bringen, was ihnen verschlossen blieb. Wenn sie ihm bloß ein Aggregat von Rechtssätzen überlieferten, so soll er versuchen, aus ihnen den logischen Organismus des Rechts wieder herzustellen; wenn sie ihm bloß die dem Leben zugewandte Außenseite des Rechts zeigten, soll er bemüht sein, die innere logische Substanz desselben zu entdecken.

---

Wir schreiten jetzt in unserer Betrachtung des Rechtsorganismus abermals einen Schritt weiter, und zwar ist es der letzte, den wir zu thun haben. Wenn wir das Recht eines und desselben Volkes zu verschiedenen Zeiten betrachten, so finden wir, daß

---

15) L. 202 de R. I. (50. 17).

16) Z. B. bei der Mora. L. 32 pr. de usuris (22. 1) . . . nam difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris. So wenig aber auch die Begriffsformulirungen der römischen Juristen immer genügen, so sehr lebten doch die Begriffe in ihnen, wie die meisterhafte Anwendung derselben zeigt.

die einzelnen Rechtsinstitute, so groß auch immer ihr logischer Gegensatz bleiben möge, z. B. das Erbrecht, Obligationenrecht, die Vormundschaft u. s. w., dennoch zu einer und derselben Periode etwas gemeinsames, wir wollen sagen, eine gewisse Aehnlichkeit in ihrem physiognomischen Ausdruck haben, ja daß dieselbe höher, offensichtlicher sein kann, als die Aehnlichkeit eines und desselben Institutes in seinen verschiedenen Entwicklungsphasen mit sich selbst.[17]) Jedenfalls ist völlig unbestreitbar, daß die Altersstufe bei aller sonstigen Verschiedenheit der Individuen eine gewisse Aehnlichkeit im Habitus und Charakter mit sich führt, einen bestimmten Typus aufprägt.

Wenn wir nun in der Rechtswelt dieselbe Bemerkung machen, so berechtigt sie uns zu dem Schlusse, daß die gleichmäßigen Erscheinungen, die wir um eine und dieselbe Zeit in den verschiedenartigsten Instituten wahrnehmen, in derselben Ursache ihren Grund haben, daß mit andern Worten in dem gesammten Rechtsorganismus gewisse Kräfte thätig sind, die auf alle einzelnen Theile wirken. Die äußere Erscheinung dieser Einwirkung kann nach Verschiedenheit der Institute verschieden sein; eine und dieselbe Kraft mag hier so, dort so sich manifestiren. Wer würde auch die mechanische Gleichheit der Aeußerung erwarten? Warum sollte nicht auch in der sittlichen Welt so gut wie in der Natur die Ungleichheit der Aeußerungsform bei Gleichheit der treibenden Kräfte möglich sein. Daß z. B. die Cultur des römischen Rechts einen Aufschwung nimmt zu derselben Zeit, wo die römische Freiheit zu siechen beginnt, ist äußerlich ebenso verschieden, als wenn im Thale die Bäume blühen und auf den Bergen der Schnee schmilzt — aber in beiden Fällen war eine

17) Man vergleiche z. B. im römischen Recht die Gestalt der einzelnen Rechtsinstitute zur Blüthezeit der Republik mit den neuen Formen, in denen sie zur Kaiserzeit auftreten, namentlich das Eigenthum (dominium und in bonis esse) Erbrecht (hereditas und bonorum possessio) Vermächtniß (legatum und fideicommissum) u. s. w.

Ursache wirksam. Je üppiger die Lebenskraft, um so mannigfaltiger die Form ihrer Aeußerung, je matter, um so ärmer. So können denn auch im Recht dieselben Kräfte in dem einen Institut eine Beschränkung, in dem andern eine Erweiterung, dort eine Abschwächung, hier eine Kräftigung bewirken.

In diesen treibenden Kräften nun bewährt sich erst recht die Einheit und Individualität des Organismus, und wären sie nicht vorhanden, so würde das Recht nur ein Aggregat von einzelnen Instituten sein, und man könnte auf die Idee kommen, ein Recht in der Weise zusammenzusetzen, daß man von jedem Volke das Rechtsinstitut entlehnte, das gerade bei ihm vorzugsweise ausgebildet und zur Reife gelangt wäre. Indem wir aber das Recht einen Organismus nennen, indem wir von dem Charakter eines Rechtes sprechen, gehen wir schon von der Annahme solcher das ganze Recht gleichmäßig gestaltenden und beherrschenden Kräfte aus. Der Sitz dieser Kräfte ist die Individualität des Volks, sie ist gewissermaßen das Herz des Rechtsorganismus, von dem aus belebend und erwärmend das Blut durch alle Theile strömt und dadurch auf dem allgemeinen logischen Knochensystem des Rechts Fleisch und Haut ansetzt, ihm den individuellen Charakter verleiht, an dem man eben erkennt, daß das Recht diesem Volke und dieser Zeit angehört. In jeder Ader fühlen wir bald schwächer, bald stärker den Pulsschlag allgemeiner nationaler Ideen und Anschauungen, langsam und kaum merklich führen sie den festen Theilen den Nahrungsstoff zu und bewirken, indem sie selbst dem Wechsel der Zeit ausgesetzt sind, auch eine entsprechende Veränderung im ganzen Organismus. So ist denn der Geist des Volks und der Geist der Zeit auch der Geist des Rechts.

Wir wollen diese allgemeinen Ideen und Grundanschauungen eines Volks, die den einzelnen Instituten ihren Ausdruck geben, die Bestrebungen und Tendenzen der Zeit, die im Recht sich verwirklichen, kurz den ganzen Inbegriff aller Triebkräfte, die im Rechte thätig werden, die psychische Organisation dessel-

ben nennen, die Institute des Rechts, den gesammten Complex seiner praktischen Organe den Körper desselben. Was da treibt, läßt sich nicht unmittelbar erkennen, und es ist ein Nothbehelf, wenn wir zur Erklärung von Wirkungen, die wir sehen, treibende Kräfte, die wir nicht wahrnehmen, supponiren; sie sind Abstractionen, zu denen die Gebrechlichkeit unserer Erkenntniß uns zwingt. In diesem Sinne machen wir denn auch im Recht von den Wirkungen den Schluß auf treibende Kräfte; letztere sind eine Abstraction, mittelst deren wir uns im Grunde nur die Wirkungen ins Bewußtsein bringen, die Ursache selbst bleibt eine Hypothese.

Diese Abstractionen werden nicht selten eine gewisse Weite haben müssen, um sämmtliche einzelne Erscheinungen in sich zu schließen; ich möchte sagen, die Verwandschaft mancher Bildungen des Rechts wird nicht die der ersten Generation sein, sondern wir werden, um sie zu entdecken, im Stammbaum weit zurückgreifen müssen. Die nächsten Gedanken, von denen die einzelnen Institute abstammen, und die man beim ersten Blick in ihnen erkennt, werden unter sich vielleicht wenig Aehnlichkeit haben, aber die Abstraction wird dann einige Generationen zurückgehen und dort in einem allgemeineren Gedanken den gemeinsamen Ausgangspunkt entdecken. Für unsere Zwecke wollen wir darauf verzichten, diese genealogischen Untersuchungen bis zu dem Punkte fortzuführen, wo sie uns auf ganz allgemeine logische Kategorieen führen, auf Ahnen, die dem gemeinen Bewußtsein zweifelhaft oder unbekannt sind und in die graue an fingirten Ahnen nicht arme Vorzeit der Spekulation fallen. Unsere letzten und höchsten Begriffe sollen nicht entlegener sein, als daß sie nicht auch dem Nichtphilosophen bekannt wären.

Um so viel höher nun diese psychische Organisation des Rechts über dem leiblichen Organismus desselben erhaben ist, um eben so viel steigen auch die Schwierigkeiten der Erforschung. Während die Rechtssätze sichtbar auf der Oberfläche liegen, während die Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe durch

3*

ihre praktische Anwendung sich fast von selbst dem Bewußtsein aufdringen, ruhen jene treibenden Kräfte des Rechts im tiefsten Innern, wirken höchst allmählig, durchdringen zwar den ganzen Organismus, aber treten vielleicht an keinem einzigen Punkte so deutlich hervor, daß man sich ihrer Beobachtung nicht entziehen könnte. Kein praktisches Bedürfniß drängt dazu, sich ihrer bewußt zu werden, denn sie sind keine Rechtssätze, lassen sich nicht in Form derselben fassen, sondern sie sind nur Qualitäten der Rechtsinstitute, allgemeine Prinzipien, die als solche gar keiner Anwendung fähig sind, sondern nur Zuthaten zu den praktischen Bildungen des Rechts geliefert haben. Was wären die Gedanken, die wir bei der Charakteristik des römischen Rechts in demselben nachweisen werden, z. B. der Gedanke der persönlichen Natur der Berechtigungen, der substantiellen oder realen Natur des Willens, der Starrheit und Flüssigkeit der Rechtsverhältnisse u. s. w. als Rechtssätze gedacht in der Praxis!

Kann es uns denn Wunder nehmen, daß diese Seite des Rechts sich dem geistigen Auge am spätesten und spärlichsten entschließt, daß die Tendenzen und Gedanken, an deren Verwirklichung und Ausbildung im Recht diese Generation arbeitet, ihr selbst verborgen bleiben und erst einem nachfolgenden Geschlecht klar werden? Wenn irgend etwas erst die göttliche Natur des Rechts bewähren müßte, zeigen, daß es nicht Menschenwerk, nicht bloßes Produkt der Reflexion ist, so würde man nur auf diese Erscheinung zu verweisen haben. Ein Gesetzgeber, der mit Bewußtsein seiner Zwecke und Mittel seine Gesetze erläßt, lebt selbst vielleicht des Glaubens, daß sie nur aus ihm kommen, nur soviel enthalten, als er habe hineinlegen wollen, und doch schiebt ihm, ohne daß er es ahnt, der Geist der Zeit den Stoff unter, aus dem er sie formt, und sein ganzes Thun und Treiben, dessen Einheit und Nothwendigkeit er selbst nicht begriff, erscheint dem spätern Beobachter als ein völlig abgeschlossener einzelner Moment der gesammten Entwicklung des Rechts. Wie die Pflanze, die sichtbar nichts äußeres aufnimmt,

doch aus der Erde und der Luft ihre ganze Nahrung zieht, so erhält auch jedes Recht aus dem Erdreich, in dem es wurzelt und aus der Atmosphäre, in der es wächst, unmerklich die Elemente seines Lebens. Während es geschieht, sieht unser stumpfes Auge es nicht, aber nachdem es geschehen, kommen wir durch die Wirkung zur Erkenntniß der Ursache. Und wie manches, das wir sehen, begreifen wir nicht, weil es noch nicht fertig, noch in den ersten Anfängen der Entwicklung begriffen ist, während sich das Verständniß desselben dem spätern Beobachter, der auf den vollendeten Entwicklungsprozeß zurückschaut, leicht erschließt.

Wenn das gesagte nun selbst für das vorgerückte Lebensalter der Völker gilt, so versteht es sich von selbst, daß es auf die Jugend- und Kindheit-Zeit derselben in einem weit höheren Grade Anwendung findet. Dem Historiker kann es vielleicht mit leichter Mühe gelingen, ihrem ganzen Ringen und Streben die richtige Deutung zu geben, und ihnen selbst blieb dasselbe ein Räthsel. Aus jedem Rechtsinstitute können gewisse nationale Grundanschauungen uns entgegentreten, aber das Volk selbst, das von ihnen erfüllt war, sah sie nicht oder nur im Halbdunkel des Gefühls und der Ahnung. Denn das ist freilich nicht selten, daß diese unausgesprochenen Gedanken, für die der Begriff noch fehlte, in der Mythe, der Etymologie und Symbolik u. s. w. in geheimnißvoller, verschleierter Weise sich einen Ausdruck verschafft haben. Der träumende Genius des Volks hat hier in naiver Weise ein Selbstgeständniß abgelegt, dessen er im wachenden Zustande sich nicht bewußt ist.

Der Historiker findet hier also ein fruchtbares Feld für seine Thätigkeit vor, aber verhehlen wir es uns nicht, zugleich ein sehr schlüpfriges. Je weiter er auf demselben vorzudringen, je mehr er sich der Werkstätte der Geschichte zu nahen sucht, um so nebelhafter, verschwimmender werden die Gestalten, die ihm begegnen, um so mehr stellen sich statt der Geister, die er verfolgt, Irrlichter ein, die ihn vom wahren Wege abzuleiten drohen.

Schon mit Manchem, der ausging, den Geist einer Sache zu suchen, hat dieser Geist ein neckisches Spiel getrieben, ihn bald hierhin, bald dorthin gelockt und ihm statt seiner ein Phantom in die Hände gespielt, das nur dem Suchenden selbst, aber keinem Dritten als das erschien, was es sein sollte. Dadurch sind denn diese Versuche bei Vielen in Mißcredit gekommen, und die wissenschaftlichen Spießbürger, die nur glauben, was sie mit den Händen greifen können, betrachten sie als Spielerei, an der nur ungründliche Naturen Gefallen finden können. Es ist begreiflich, daß gerade unter den Juristen eine solche Stimmung sehr verbreitet ist; der ungläubige Thomas, der auch vom Fühlen mehr hielt, als vom Sehen, wäre viel geeigneter, ihren Schutzpatron abzugeben als der heilige Ivo.

Jene Erfahrungen können uns behutsam machen, sollen uns aber von unserm Plan selbst nicht abhalten. Wo eine Aufgabe der Lösung so würdig ist, als die unsere, kann die Gefahr, die sie dem Schriftsteller droht, gar nicht in Erwägung gezogen werden.

---

Während uns nun unsere ganze Betrachtung immer auf den Satz zurückgeführt hat, daß das Recht selbst nicht zusammenfällt mit dem subjektiven Bewußtsein und sich uns daraus für die Bearbeitung desselben die Anforderung ergeben hat, die latenten Seiten und Theile des Rechts mehr und mehr ins Bewußtsein zu bringen, beschränkt sich die herrschende Methode auf eine Reproduction der Rechtssätze und Begriffe, die von den Römern selbst aufgestellt sind. Ihr beständiger Refrain ist Quellenstudium, und der kühnste Gedanke, dessen sie fähig ist, besteht in der Wiedererweckung der reinen römischen Theorie. Wäre es möglich, so würfe sie wohl alles, was nicht direkt im römischen Recht ausgesprochen ist, über Bord und schraubte unsere wissenschaftliche Bildung auf den Standpunkt von Ulpian und Paulus zurück. Aber die Zeiten von Ulpian und Paulus

sind vorüber und werden trotz aller Bemühungen nicht wieder kehren. Um sie zurückzuwünschen, muß man vergessen, daß jede Zeit Original und nicht Copie einer andern sein soll, daß jede Zeit einen und denselben historischen Gegenstand unter dem ihr eigenthümlichen Gesichtspunkt betrachten darf und muß, und daß auf diese Weise mit jedem neuen Geschlecht neue Seiten des Gegenstandes sich enthüllen. Dieser Richtung gegenüber that es Noth, unsere Ansicht näher zu begründen und der Bearbeitung des römischen Rechts, sowohl der dogmatischen als rechtshistorischen, ein höheres Ziel zu stecken, als das der bloßen Reproduction des römischen Bewußtseins. So lange man bloß dies Ziel verfolgt, kann man zu einem Urtheil über das römische Recht, zu einer Einsicht in sein wahres Wesen nicht gelangen. Wer sich letzteres, wie wir gethan haben, zur Aufgabe gestellt hat, wird von selbst über jenes beschränkte Ziel hinausgetrieben.

### 2. Physiologische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Function desselben im Leben — Formale Realisirbarkeit des Rechts — Die Aufgabe des Historikers gegenüber dem Recht der Vergangenheit.

IV. Der Zweck der Organe liegt in ihren Functionen; die Organe sind vorhanden, damit sie bestimmte Verrichtungen ausüben. In diesem Zwecke beruht wiederum der Grund ihrer ganzen Organisation; letztere ist so beschaffen, wie sie durch jene Functionen geboten ist. Wie dies vom physischen Organismus gilt, so auch von dem des Rechts. Auch hier führt also erst die Kenntniß der Functionen des Rechts zum Verständniß seiner Organe, die Physiologie zum wahren Verständniß der Anatomie.

Nichts ist mithin verkehrter, als ein Recht gleich einem philosophischen System bloß von Seiten seines geistigen Gehaltes, seiner logischen Gliederung und Einheit zu beurtheilen. Möge es unter diesem Gesichtspunkt auch als Meisterstück erscheinen, so ist damit über seinen wahren Werth noch nichts ermittelt,

denn letzterer liegt in seinen Functionen d. h. in seiner praktischen Brauchbarkeit. Was nützt es, daß eine Maschine den Eindruck eines Kunstwerkes macht, wenn sie als Maschine untauglich ist? Man sollte nun glauben, daß diese functionelle Seite des Rechts so sehr hervortrete, daß ihr die gebührende Beachtung gar nicht entgehen könne. Und doch finden wir nicht selten das Gegentheil. In demselben Maße nämlich, in dem die im vorigen Paragraphen besprochene Logik des Rechts wissenschaftlich entwickelt wird, die Rechtssätze sich verflüchtigen zu logischen Momenten des Systems, wird jene functionelle Seite des Rechts dem Blick entrückt. Die imperativische Form der Gebote und Verbote, der Ausdruck „so und so soll es sein" erregt fast nothwendig die Frage nach dem „warum"; anders aber, wenn die Rechtssätze diese Form abgestreift und sich zu Rechtsbegriffen vergeistigt haben. Hier wendet sich die Kritik viel eher ihrer logischen Prüfung zu, als einer Betrachtung ihrer praktischen Brauchbarkeit. Ja, es kann der Darstellende leicht sich der Täuschung hingeben, es sei etwas Hohes und Großes, das Material so zu verarbeiten, als sei dasselbe eine Emanation des Begriffes, der Begriff also das ursprüngliche, seiner selbst wegen da seiende, während doch in der That die ganze logische Gliederung des Rechts, und sei sie noch so vollendet, nur das Sekundäre, das Produkt der Zwecke ist, denen sie dienen soll. Daß die Begriffe so und so gestaltet sind, hat seinen Grund eben darin, daß sie nur in dieser Gestalt den Bedürfnissen des Lebens genügen, und sehr häufig ist aus dieser Rücksicht die freie logische Entwicklung derselben unterbrochen oder gehemmt. Ohne solche Eingriffe würde oft der logische Kunstwerth des Rechts ein höherer, die praktische Brauchbarkeit desselben aber eine geringere sein.[18])

---

18) Diese Eingriffe des Lebens in die logische Entwicklung des Rechts nennen die Römer jus singulare, die Logik des Rechts selbst ratio, auch regula juris z. B. L. 16 de legib (1. 3) Jus singulare est, quod contra

Die Function des Rechts im allgemeinen besteht nun darin, sich zu verwirklichen. Was sich nicht realisirt, ist kein Recht, und umgekehrt was diese Function ausübt, ist Recht, auch wenn es noch nicht als solches erkannt ist (Gewohnheits Recht). Die Wirklichkeit beglaubigt erst den Text, den das Gesetz oder eine andere Formulirung des Rechts aufstellt, als wahrhaftes Recht, sie ist mithin das einzige sichere Erkenntnißmittel desselben. Aber sie ist mehr, sie ist zugleich der Gegenstand und der Commentar jenes Textes. Kein Gesetzbuch, keine theoretische Zusammenstellung des Rechts irgend einer Zeit und irgend eines Volkes läßt sich ohne die Kenntniß der realen Zustände dieses Volkes und dieser Zeit begreifen. Warum die Rechtssätze da sind, was sie sollen, wie sie durch das Leben in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt oder unterstützt werden u. s. w. — auf alle diese Fragen ertheilt nur das Leben selbst eine Antwort. Die Formulirung des Rechts, die wir vor uns liegen haben, ist nichts als der Plan einer Maschine; die beste Erläuterung und zugleich die Kritik desselben gibt uns die Maschine, wenn sie geht. Gar manche unbeachtete Feder offenbart dann eine tiefeingreifende Wichtigkeit, und manche sehr in die Augen springende und scheinbar sehr nöthige Walze stellt sich als ziemlich entbehrlich heraus. In den Zwecken und Bedürfnissen dieser bestimmten Zeit liegt der Grund, warum dieses Institut vorhanden ist oder diese bestimmte Gestalt trägt; in den Voraussetzungen, die sie mitbringt, der Grund, der jenes Institut möglich und wiederum ein anderes überflüßig macht. Eine weitere

---

tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est L. 15 ibid. In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. Dem jus singulare selbst wird von den römischen Juristen mit Recht die logische Productivität abgesprochen, damit der Riß im Recht nicht größer werde, als nöthig. Es gilt also zwar seinem ganzen Inhalt nach, aber ist kein productives Prinzip L. 14 ibid: Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

Ausführung dieses Gedankens, daß jedes Recht nur vom Standpunkt des wirklichen Lebens aus begriffen werden kann, ist selbst für Laien unnöthig,[19]) aber eine Eigenschaft des Rechts muß ich hervorheben, die durch den Zweck der Verwirklichung desselben geboten ist, ich nenne sie die formale Realisirbarkeit oder Anwendbarkeit.

Ich unterscheide nämlich zwischen materieller und formaler Realisirbarkeit eines Rechts und verstehe unter jener die Brauchbarkeit oder Angemessenheit der materiellen Bestimmungen des Rechts. Sie ist natürlich durchaus relativ, bedingt durch die oben bezeichneten Beziehungen des Rechts zum Leben, die Anforderungen dieser Zeit, die Eigenthümlichkeit dieses Volkes, die Gestalt dieses Lebens. Unter formaler Realisirbarkeit aber verstehe ich die Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendung des abstracten Rechts auf die concreten Fälle. Je nachdem diese Operation einen geringeren oder höhern Aufwand geistiger Kraft erfordert, und ihr Resultat sicherer oder unsicherer ist, spreche ich von einer höhern oder geringeren formalen Realisirbarkeit. Es ist aber nicht die Leichtigkeit oder Schwierigkeit des

---

19) Ich will mir nur noch erlauben auf das Verhältniß, das hinsichtlich der einzelnen Rechtsinstitute zwischen ihrer anatomischen Structur und Lage und ihren Functionen Statt findet aufmerksam zu machen. Es kann Institute geben von verschiedener anatomischer Structur mit gleichen oder ähnlichen Functionen z. B. das Vermächtniß und die donatio mortis causa, die altrömische Verpfändung in Form der fiducia (Eigenthumsübertragung) und das neuere pignus, die Cession und Delegation, die cura und tutela, der Untergang der Klage und der Verlust des Rechts durch jenseitige Ersitzung u. s. w. Umgekehrt kann die Structur eine ähnliche sein oder bei einem und demselben Institut im wesentlichen dieselbe bleiben, die Functionen aber sehr auseinander gehen, wie z. B. bei der Staatsverfassung der Republik, die im Anfang der Kaiserzeit ihrer anatomischen Structur nach dieselbe blieb (Volk, Senat, Magistrat). — Unsere juristische Methode legt leider ein gar zu großes Gewicht auf die anatomische Structur der Institute, und ein zu geringes auf die Functionen. Von diesem Standpunkt aus ist es eine Consequenz, wenn z. B. Puchta die Vormundschaft ins Obligationenrecht stellt.

Verständnisses der anzuwendenden Rechtssätze gemeint. Sobald man einen Rechtssatz einmal richtig begriffen hat, ist diese Aufgabe ein für alle Mal gelöst und wiederholt sich nicht bei jedem einzelnen Fall seiner Anwendung. Die Aufgabe hingegen, von deren Schwierigkeit oder Leichtigkeit hier die Rede ist, betrifft die Anwendung des Rechtssatzes, den Umsatz der abstracten Regel in concrete Verhältnisse, und sie ist bei jedem einzelnen Fall von neuem zu lösen. Die Anwendung des Rechtssatzes besteht darin, daß das, was er abstract hinstellt, concret ermittelt und ausgedrückt wird, und dies kann sehr leicht, aber auch unendlich schwer sein. Es hängt dabei zwar viel von der Geschicklichkeit und dem richtigen Blick des Anwendenden ab (wir können diese Fertigkeit die juristische Diagnose nennen), allein die objektive Schwierigkeit oder Leichtigkeit der Anwendung des Rechtssatzes wird durch ihn selbst bestimmt, dadurch nämlich ob er seine Bestimmungen an schwer oder leicht erkennbare Kriterien angeknüpft hat. Jeder Rechtssatz knüpft an eine bestimmte Voraussetzung („wenn Jemand dies und das gethan hat") eine bestimmte Folge („so soll dies und das eintreten");[20]) ihn anwenden heißt also 1) untersuchen, ob die Voraussetzung im concreten Fall vorliegt und 2) die bloß abstract ausgedrückte Folge concret ausdrücken, z. B. den Schaden, den Jemand ersetzen soll, in Geld abschätzen. Nun hängt begreiflicherweise sehr viel davon ab, wie jene Voraussetzung und Folge lautet. Nehmen wir einmal beispielsweise die Behandlung der Injurie im ältern und spätern römischen Recht. In jenem bestand die Folge der Injurie d. h. ihre Strafe in einer bestimm-

---

20) Diese Form („wenn — so") ist die einfachste, deutlichste und liegt jedem Rechtssatz zu Grunde, wenn sie gleich äußerlich nicht hervortritt z. B. „Unmündige sollen bis zum 25. Jahr unter Vormundschaft stehen, Bürgschaften der Frauen sind ungültig u. s. w." Die Voraussetzung ist hier: wenn Jemand noch nicht 25 Jahr alt ist, wenn eine Bürgschaft vorgenommen wird und zwar von einer Frau; die Folge die: so soll er unter Vormundschaft stehen u. s. w.

ten Geldsumme (25 As), in diesem war sie dem Ermessen des Richters überlassen. Stand dort einmal fest, daß eine Injurie begangen war, so ergab sich die Folge (Verurtheilung in 25 As) von selbst; hier hingegen bedurfte es zu dem Zweck noch erst einer genauen Würdigung der individuellen Verhältnisse dieses Falles, z. B. der persönlichen Stellung des Beleidigenden und des Beleidigten, der Zeit, des Ortes u. s. w., und die Feststellung der Strafe mochte dem Richter oft sehr schwer fallen. Hinsichtlich der „Voraussetzung" liegt ebenso sehr auf der Hand, daß wenn sie allgemein auf „Ehrenkränkung" gestellt ist, die Untersuchung, ob diese Voraussetzung im concreten Fall begründet sei, weit schwieriger ist, als wenn sie, wie in manchen alten Gesetzen, auf ein bestimmtes, äußerlich leicht erkennbares Faktum lautet z. B. „wenn einer den andern geschlagen, eines Verbrechens beschuldigt hat" u. s. w.

Je allgemeiner und innerlicher die Voraussetzung und Folge eines Rechtssatzes bestimmt ist, desto schwieriger die concrete Ermittlung derselben; je concreter und äußerlicher, desto leichter. Diese Leichtigkeit der concreten Erkennbarkeit des abstracten ist aber praktisch wichtiger, als die logische Vollendung des abstracten Inhalts. Bestimmungen, die in materieller Beziehung plump zugeschnitten, aber an äußerliche, in concreto leicht zu erkennende Kriterien geknüpft sind, wiegen in praktischer Beziehung Rechtssätze auf, deren geistiger Gehalt und Zuschnitt noch so tadellos ist, bei denen aber die formale Realisirbarkeit außer Acht gelassen ist. Denn die Wichtigkeit dieser letzteren Eigenschaft liegt nicht bloß darin, daß die Operation der Anwendung des Rechts erleichtert und vereinfacht wird, also auch beschleunigt werden kann, sondern daß die gleichmäßige Verwirklichung des Rechts dadurch gesichert wird. Je äußerlicher und in die Augen springend die Merkmale für eine Klassifikation bestimmt sind, um so sicherer die Aussicht, daß jedes Stück richtig klassificirt wird; je innerlicher, um so mehr steigt die Gefahr der Mißgriffe.

Diese Rücksicht nun auf die **Leichtigkeit** der Anwendung übt auf die logische Entwicklung des Rechts einen bestimmenden Einfluß aus, zwingt die Rechtsbegriffe häufig, von ihrer ursprünglichen Reinheit nachzulassen, um eine Gestalt anzunehmen, in der sie praktisch leichter gehandhabt werden können. Was sie an abstractem Gehalt einbüßen, gewinnen sie wieder an concreter Anwendbarkeit. Wir wollen dies an dem Beispiel der privatrechtlichen und politischen Handlungsfähigkeit (Volljährigkeit und Wahlrecht) deutlich machen. Angenommen ein Gesetzgeber wollte dieselbe rechtlich bestimmen und ginge von der Idee aus: volljährig soll derjenige sein, welcher die nöthige Einsicht und Charakterfestigkeit besitzt, um seinen Angelegenheiten selbständig vorzustehen, wahlfähig und wählbar derjenige, der die Fähigkeit und den Willen hat, das Beste des Staats zu befördern. So richtig nun diese Idee ist, so verkehrt würde es sein, sie selbst als Gesetz aufzustellen, also Volljährigkeit und Wahlfähigkeit von diesen Voraussetzungen abhängig zu machen. Welche Zeit und Mühe würde verloren gehen, um die Existenz dieser Voraussetzungen im concreten Fall zu ermitteln, welche unerschöpfliche Quelle von Streitigkeiten würde der Gesetzgeber damit geöffnet, wie damit die subjektive Willkühr des Richters möglich gemacht, und selbst bei untadelhafter Anwendung seines Gesetzes die Klagen über Parteilichkeit provocirt haben! Wie kann er dies alles vermeiden? Er stellt statt jener Voraussetzungen andere auf, die mit denselbem in einem gewissen regelmäßigen, wenn auch nicht nothwendigen Nexus stehen und den Vorzug einer leichteren und sicherern concreten Erkennbarkeit voraus haben, also z. B. das zurückgelegte 25ste Jahr bei der Volljährigkeit, den Besitz eines gewissen Vermögens, die Ausübung gewisser Berufsarten oder die Einnahme einer gewissen Stellung u. s. w. bei der Wahlfähigkeit. Dieses Ablassen von der ursprünglichen legislativen Idee, diese Vertauschung der in abstracter Beziehung offenbar richtigeren Voraussetzung mit einer weniger richtigen und zutreffenden, aber praktisch leich-

ter erkennbaren Voraussetzung wird also durch den Zweck des Rechts, durch die wünschenswerthe Leichtigkeit und Sicherheit seiner Functionirung geboten. Möge es auch in der Anwendung hie und da zu Mißverhältnissen führen, in unserm Beispiel also die Volljährigkeit und Wahlfähigkeit in einzelnen Fällen ausgeschlossen oder gegeben sein, wo sie es der abstracten Idee nach nicht sollte; immer wird jene Behandlungsweise vom Standpunkt des Lebens aus den Vorzug verdienen, und dieser Standpunkt ist ja für das Recht der allein richtige.

Der Gedanke der formalen Realisirbarkeit des Rechts ist also ein der logischen Innerlichkeit der Rechtsbegriffe fremdes Prinzip, das die freie Entwicklung derselben vielfach modificirt und beeinträchtigt. Dieses Prinzip zwingt dazu, die Innerlichkeit des Begriffes auf die Außenseite zu verlegen, für die inneren Unterschiede und Begriffe äußere möglichst zutreffende Kriterien aufzusuchen, kurz es führt zur Ausbildung einer juristischen Symptomatik. Als einzelne Ausflüsse dieses Prinzips mögen hier außer der so eben besprochenen Veräußerlichung der „Voraussetzungen" und der damit auf gleicher Linie stehenden Veräußerlichung der „Folgen"[21]) noch genannt werden die gesetzlichen Präsumtionen,[22]) die durch Gegenbeweis entkräftet werden können, die Fictionen,[23]) bei denen diese Möglichkeit ausgeschlossen ist, die Formen der Rechtsgeschäfte[24]) u. s. w.

---

21) Z. B. statt der Zuerkennung des im einzelnen Falle erst zu liquidirenden Interesses die Annahme eines Aversionalquantums (im römischen Recht Verzugszinsen, duplum des Werthes der Sache und der Früchte, bestimmte Geldstrafe, sponsio tertiae partis, Uebertragung des Besitzes zur Strafe, fructus licitatio u. s. w.)

22) Die bona fides wird bei der Usucapion präsumirt, bis das Gegentheil erwiesen ist, die ununterbrochene Fortdauer des Besitzes, ein anderes Requisit der Usucapion, wird angenommen, wenn das Vorhandensein des Besitzes zu einzelnen Zeitpunkten dargethan werden kann.

23) Z. B. Fiction der Zahlung, wenn Jemand eine vor längerer Zeit ausgestellte Quittung producirt.

24) Z. B. beim Testament. Ohne solche Formen würde die Frage, ob

So erklärt und rechtfertigt sich denn unsere obige Behauptung, daß ein Gesetzbuch in abstracter Beziehung ein Meisterstück und doch daneben unbrauchbar sein könne. Die Bestimmungen desselben könnten materiell noch so realisirbar, dem Geist des Volks und der Zeit entsprechend, die Begriffe noch so klar und scharf sein, es wäre aber kein Gewicht gelegt auf die formale Realisirbarkeit, d. h. vergessen, daß das Recht die Function hat, sich leicht, rasch und sicher in Wirklichkeit umzusetzen.

---

Der Gedanke, den wir bisher ausgeführt haben, daß das Recht irgend eines Volkes und irgend einer Zeit nicht begriffen und beurtheilt werden kann, wenn man es bloß von Seiten seiner anatomischen Structur, seiner logischen Durchbildung, kurz als Rechtssystem erforschen und darstellen will, hat etwas so einleuchtendes, daß man kaum begreift, wie man bei der Behandlung der römischen Rechtsgeschichte, vor allem bei der des Privatrechts diesen Fehler begehen konnte.[25]) Und doch herrscht er hier in hohem Maße. Die meisten Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte enthalten nichts, als eine Geschichte des Dogmas d. h. der Gesetzgebung und Doctrin, nicht aber eine Darstellung des Rechts, wie es leibte und lebte. Das Dogma entbehrt dabei seines lebendigen Hintergrundes, es ist herausgerissen aus seinem Zusammenhange mit der thatsächlichen Welt, in der es den Grund und die Voraussetzungen seiner Existenz

und was Jemand über seinen Nachlaß verfügt habe, in concreto sehr schwer zu beantworten sein; man könnte in Versuchung kommen, Aeußerungen einer Person über ihre beabsichtigte demnächstige Verfügung für eine letztwillige Disposition zu halten.

25) Auf die rechtshistorische Behandlung des römischen Staatsrechts und Kriminalprozesses erstreckt sich mein Vorwurf nicht.

und damit seine Rechtfertigung und sein Verständniß fand. Kein Wunder, daß manche Rechtsinstitute dadurch eine Gestalt erhalten, in der sie einem Unbefangenen als Zerrbilder erscheinen, daß eine Unbegreiflichkeit sich an die andere reiht. Einem Historiker von Fach, der die römische Rechtsgeschichte schreiben sollte, würde dieser Verstoß, den die Romanisten täglich begehen, völlig unmöglich fallen, und es würde der römischen Rechtsgeschichte sehr zum Heil gereicht haben, — davon bin ich überzeugt — wenn die Historiker von Fach sich ihrer mehr angenommen hätten.[26]) Der Grund liegt auf der Hand. Der Blick des Historikers ist von vornherein nicht auf juristische Abstractionen und Formulirungen der Vergangenheit gerichtet, sondern auf das substantielle rechtliche und sittliche Leben derselben in seiner ganzen Totalität, und jene können ihm daher nie isolirt erscheinen. Dem Juristen hingegen ist es zur zweiten Natur geworden, in den substantiellen Verhältnissen nur das rein juristische zu bemerken, und sein Blick ist daher, auch wenn er das Gebiet der römischen Rechtsgeschichte betritt, ausschließlich oder vorwiegend auf den dogmatischen Inhalt gerichtet. Hierzu kömmt noch, daß die Quellen, aus denen er sein Material entnehmen soll, für ihre Zeit dogmatische Arbeiten waren, und in diesen findet sich jener reale Hintergrund, von dem wir sprachen, aus dem Grund natürlich nicht, weil die Verfasser derselben für ihre Zeitgenossen und nicht für zukünftige Rechtshistoriker schrieben, die Voraussetzung ihres Verständnisses, nämlich die Anschauung des ganzen römischen Lebens, mithin bei ihren Lesern nicht erst zu begründen brauchten.

---

26) An dem kurzen Abriß der römischen Rechtsgeschichte in dem bekannten 44. Kapitel von Gibbon habe ich früh diese Erfahrung gemacht, ohne mir freilich damals bewußt zu sein, warum derselbe auf mich eine unendlich höhere Anziehungskraft ausübte, als die damals bereits erschienenen ausführlicheren, von Juristen verfaßten Darstellungen. Bei Gibbon trat mir zum ersten Mal ein zwar kurzes, aber zusammenhängendes Ganze in lebensvoller Weise entgegen, in den letztern aber ein zerschnittenes und zerstückeltes System von Rechtssätzen, Gesetzen u. s. w.

Der Stoff also, den der Rechtshistoriker hier vorfindet, ist deductiver, nicht descriptiver Art; er ist, ob er auch aus der Zeit von Labeo oder Ulpian stammt, seiner Tendenz nach ebenso dogmatisch, als ob er aus einem heutigen Pandektencompendium entlehnt wäre. Dieser dogmatische Stoff wird sodann in ein Gefäß geleitet, das wiederum rein dogmatischer Natur ist, in ein System der Theorie des Rechts, in dem das Leben mit seinen faktischen Verhältnissen, mit der Sitte und der Sittlichkeit kein Unterkommen finden kann, weil diese Mächte und Verhältnisse eben keine Rechtsbegriffe sind. Und so erhalten wir im Grunde statt der Rechtsgeschichte nichts als Institutionen- oder Pandekten-Compendien der verschiedenen Perioden der römischen Geschichte, — Darstellungen, die ein Richter aus jener Zeit vielleicht mit Erfolg zu praktischen Zwecken hätte benutzen können, nicht aber ein Jurist der heutigen Zeit, um sich eine Einsicht in das Rechtsleben der Vergangenheit zu verschaffen. Jener würde die Anschauung dieses Rechtslebens mitbringen und das dogmatische Präparat, das man ihm böte, wäre ihm sofort verständlich, diesem hingegen gewährt dasselbe nicht das, was es sollte, ein Bild des lebendigen Rechts der Vergangenheit, sondern bloß eine Reproduction ihrer Theorie.

Wenn wir im vorigen Paragraphen an die Bearbeiter des römischen Rechts die Aufforderung gerichtet und begründet haben, nicht bei der Formulirung der römischen Theorie stehen zu bleiben, so können wir dieselbe Aufforderung hier in einem andern Sinn wiederholen. Die dogmatische Bearbeitung des Rechts irgend einer Zeit von einem Zeitgenossen darf einem Spätern bei seiner historischen Darstellung desselben nie als Maßstab oder Vorbild erscheinen, denn sein Vorgänger sagt manches nicht, was er könnte, weil es für seine Leser überflüssig ist, — und dies muß dieser für sein Publikum aus andern historischen Quellen zu ergänzen suchen; und manches kann er nicht sagen, weil es ihm noch entgeht — und dies soll die-

ser, der nicht, wie jener, bloß einen Theil, sondern den ganzen Verlauf der historischen Entwicklung vor sich hat, zu entdecken suchen. Jene Ergänzung hat zur Aufgabe, die Theorie ans Leben anzuknüpfen, diese, sie von innen heraus zu vervollständigen und zu vergeistigen.

Bei der vorliegenden Arbeit können wir nun unsere Aufgabe nicht lösen, ohne nach beiden Seiten hin diese Ergänzung zu versuchen. Der „Geist eines Rechts“ ist in unsern Augen nicht der Geist der nationalen Theorie dieses Rechts. Wir wären nicht im Stande, den Geist des römischen Rechts zu bestimmen, ohne an den Geist des Volks und der Zeit anzuknüpfen, nicht im Stande, eine Einsicht in das Wesen desselben und ein Urtheil über dasselbe zu ermöglichen, ohne die realen Zustände des Lebens, die Wirklichkeit des Rechts zu berücksichtigen. Es ist aber nicht unsere Aufgabe, eine römische Rechtsgeschichte zu liefern, die römische Theorie und das römische Rechtsleben in ihrer ganzen Breite und Länge darzustellen. Was wir wollen, läßt sich jetzt nach den Ausführungen der beiden ersten Paragraphen in zwei Worten aussprechen. Es ist uns nämlich zu thun um die psychische Organisation des römischen Rechtsorganismus und zwar, da sie zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene war, um die geschichtliche Entwicklung derselben. Da nun jener Organismus nicht eine Theorie, ein logisches System, sondern die rechtliche Gestaltung der Wirklichkeit war, so gehört letztere insoweit in den Kreis unserer Darstellung, als eben jene psychische Organisation des Rechts sich an ihr bewährt oder sich aus ihr erklärt, und so dürfte, wenn uns „der Geist“ den Zugang zur materiellen Wirklichkeit zu verschließen scheint, doch die reale Natur „des Rechts“ uns denselben offen halten.

**2. Anforderungen, die in dem Begriff der Geschichte liegen — Ausscheidung der unwesentlichen Thatsachen — Der innere Zusammenhang der Thatsachen und das Moment der Zeit — Innere Chronologie oder absolute und relative Zeitbestimmung nach inneren Kriterien.**

V. Daß das Recht wie alles, was existirt, sich im Laufe der Zeit verändert, ist eine Thatsache, die uns an sich noch nicht berechtigt von einer Geschichte des Rechts zu sprechen. Wenn die Geschichte nichts wäre, als ein buntes Spiel von äußern Ereignissen, eine Reihe von Veränderungen, so würde es auch eine Geschichte von Wind und Wetter geben, und eine Rechtsgeschichte würde sich auf den chronologisch geordneten Abdruck von Gesetzen und Gewohnheitsrechten beschränken können.

Es drängt sich aber schon dem einfachen Verstande die Bemerkung auf, daß nicht alles, was da geschieht, Geschichte ist und folglich auch die Geschichte nicht bloß darin besteht, daß etwas geschieht, sondern daß es darauf ankömmt, was geschieht. Auf der niedrigsten Stufe der Geschichtschreibung tritt bereits die Scheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen, geschichtlichen und ungeschichtlichen Ereignissen ein. Wie von Seiten des Individuums täglich und stündlich Handlungen vorgenommen werden, die kein Biograph der Mittheilung würdigen kann, so gibt es auch im Leben der Gattung derartige tägliche Verrichtungen, die selbst der genauste Annalist als völlig ungeschichtliche Facta gar nicht erwähnt.

So sehr aber jene Scheidung zwischen Ereignissen, die der Mittheilung werth und unwerth sind, bei den Geschichtschreibern aller Zeiten sich zeigt, so ist begreiflich, daß der Maßstab, nach dem man dieselbe vornimmt, nach Zeit und Ort verschieden sein kann. Was dem gleichzeitigen Berichterstatter der Aufbewahrung würdig zu sein scheint, wird schon vom Geschichtschrei-

der der folgenden Generation als völlig werthlose Notiz bei Seite geworfen, letzterem geschieht von seinem Nachfolger dasselbe, und so sichtet jede Zeit immer von neuem den überlieferten Stoff. Ist es aber auf dem Gebiete des Rechts anders, als auf jedem andern, ist hier alles, was geschieht, auch Geschichte? Gibt es nicht auch Gesetze, die ihrer transitorischen Bestimmung oder ihrem untergeordneten, nichtssagenden Inhalt nach so bedeutungslos sind, daß sie sich zu der Geschichte des Rechts verhalten, wie etwa die gewöhnlichen Lebensverrichtungen eines Individuums zu dessen Lebensgeschichte? Sollte wohl ein künftiger Geschichtschreiber unserer jetzigen Zeit die Ehre erzeigen, alle ihre Gesetze über Stempeltaxen, Verjährungsfristen u. s. w. aufzuzählen? Diese Gesetze mögen immerhin für die Gegenwart sehr wichtig sein, so wie das Essen, Trinken, Schlafen u. s. w. für das Individuum, aber was hat der Historiker damit zu thun! Die subjektive Willkühr, die man darin finden könnte, daß der Darstellende auswählt, was ihm bedeutend erscheint, ist keine andere, als die jeder, der uns den geringsten Vorfall erzählen will, ausüben muß; der Blick für das wesentliche ist eben eine unerläßliche Eigenschaft eines jeden Referenten. Wer aus falscher Gründlichkeit alles mittheilen will, was er in seinen Akten findet, sollte lieber letztere selbst vorlesen d. h. gar nicht referiren, und ein Rechtshistoriker, der sich nicht entschließen kann, rechtshistorische Notizen, die er gefunden, dem Leser vorzuenthalten, hätte statt Geschichtschreiber Abschreiber werden müssen.[27])

---

27) Dem Kundigen wird es nicht unbekannt sein, daß die römische Rechtsgeschichte in manchen neuen Darstellungen sich dazu hergeben muß, eine Vorrathskammer zu sein, in der das völlig werthlose neben dem werthvollen mit gleicher Sorgsamkeit aufbewahrt wird. Der Grund, warum die besprochene erste und natürlichste Anforderung an die Geschichtschreibung gerade von den Rechtshistorikern weniger beachtet wird, scheint mir darin zu liegen, daß letztere nicht mit völliger wissenschaftlicher Freiheit sich ihrer Aufgabe hingeben, die Geschichte des Rechts nicht ihrer selbst willen darstellen, sondern eines an-

Verfolgen wir die Aufgabe der Geschichtschreibung weiter. Die Geschichte besteht nicht aus einzelnen wichtigen Ereignissen, sondern das wesentliche ist der Zusammenhang derselben, die Einheit der Entwicklung. Wie nun bereits auf der niedersten Stufe der Geschichtschreibung das historische Unterscheidungsvermögen, die Empfänglichkeit für den Unterschied geschichtlicher und ungeschichtlicher Thatsachen in seinem ersten schwachen Keime sich zeigt, so gilt dasselbe von dem Sinn für den historischen Zusammenhang. Denn die Thatsache, an der dieser Sinn sich bethätigen soll, drängt sich fast ebenso nothwendig der Wahrnehmung auf, als jene, daß nicht alles, was geschieht, geschichtlich ist. Man bemerkt bald, daß gewisse der Mittheilung für würdig geachtete Facta, ungeachtet sie der Zeit nach weit auseinander liegen, dennoch sächlich im innigsten Zusammenhange mit einander stehen, andere hingegen, ungeachtet sie in denselben Zeitmoment zusammentreffen, dennoch eine ungleich losere Beziehung zu einander haben, m. a. W. daß die innere Verwandschaft und Zusammengehörigkeit der Thatsachen ein wesentlicheres Moment ist, als die äußere Verbindung derselben durch die Zeit. Jede Geschichtschreibung verfolgt denn, wenn auch unbewußt und mit

---

deren Zweckes wegen. Die Rechtsgeschichte soll den Schlüssel der Dogmatik abgeben, das ist der Unstern, der über ihr schwebt. Neben das historische Interesse, das auf ihrem Gebiet allein berechtigt ist, tritt hier das ihr an sich fremde praktisch-dogmatische, und sie selbst erliegt diesem Conflikt beider Interessen. Was der Historiker als völlig unwesentlich ausscheiden müßte, läßt der Dogmatiker als exegetisches Hülfsmittel sich nicht nehmen und bringt es, da es einmal eine historische Notiz ist, in die Rechtsgeschichte. Wenn das römische Recht gar nicht bei uns gölte, so würden unsere Rechtsgeschichten lediglich dem historischen Interesse dienen können und folglich besser sein, als jetzt, wo sie von Vielen im Grunde nur als historische Vorrathskammern für die Pandekten betrachtet werden. Das praktische Interesse irgend eines Theiles oder Abschnittes der Geschichte erschwert sehr die ungetrübte Verfolgung des historischen Gesichtspunktes und das unpraktische eignet sich in der That am besten zur historischen Darstellung.

schwachen Erfolgen, dieses Ziel, den sachlichen Zusammenhang der Thatsachen aufzudecken. Von dem ersten rohen Versuch, diese Verbindung in Form eines äußerlichen Causalnexus herzustellen, bis zu dem verwegenen Uebermuth, die ganze geschichtliche Bewegung dialektisch zu construiren, streckt sich ein langer Weg, aber allen, die denselben wandeln, ist wenigstens die Idee gemeinsam, daß die Geschichte in einem nicht bloß durch das Moment der Zeit bewerkstelligten Aneinanderreihen sächlich geschiedener Ereignisse besteht, sondern daß eine innere Verbindung unter ihnen Statt findet. Diese Verbindung ist aber nicht die einer Kette, sondern die Einheit, Planmäßigkeit eines vollendeten Kunstwerks. Die Gedanken, die sich in der Geschichte entfalten, und in denen die bunte Erscheinung ihre Einheit findet, fügen sich selbst wieder zu einem harmonischen Ganzen zusammen, nicht freilich als ein sich aus sich selbst bewegendes perpetuum Mobile der Dialektik, sondern als eine freie That Gottes.

Hat nun auch das Recht eine Geschichte, oder ist es ein von Gott verlassenes Spiel der Willkühr, ein Auf- und Abwogen von Veränderungen? Man möchte zweifelhaft werden, wenn man seinen Blick auf so manche geschichtliche Periode wendet, in denen das Recht den Launen eines Individuums Preis gegeben zu sein und regellos wie Wind und Wetter sich zu verändern scheint, oder auf Zeiten der politischen Krise, in denen das Recht der Leidenschaft der Partheien dient, eine Waffe wird in der Hand des Siegers und mit den Partheien wechselt. Und dennoch trotz aller menschlichen Willkühr hat das Recht eine Geschichte, und die lenkende Hand Gottes ist in ihr, nur tritt dieselbe nicht immer so erkennbar hervor, wie in der Natur. Man lehrt uns, Gott zu erkennen in der Blume und dem Baume, man weist uns auf die Gestirne, um in der Unermeßlichkeit ihrer Zahl und in den Gesetzen ihrer Bewegung das erhabenste Beispiel göttlicher Allmacht zu finden. Aber so hoch der Geist steht über der Materie, so hoch steht auch die Ordnung und Majestät der geistigen Welt über der der substantiellen. Wunderbarer als die

Bewegung der Weltkörper im Raum ist die Bewegung der sittlichen Gedanken in der Zeit, denn sie gehen nicht unangefochten einher wie die Gestirne, sondern sie stoßen bei jedem Schritt auf den Widerstand, den menschlicher Eigensinn und Unverstand und alle bösen Gewalten des menschlichen Herzens ihnen entgegensetzen. Wenn sie dennoch sich verwirklichen im bunten Gewirre widerstrebender Kräfte, wenn das sittliche Planetensystem mit derselben Ordnung und Harmonie sich bewegt, wie das Planetensystem des Himmels, so liegt darin ein glänzenderer Beweis der göttlichen Weltleitung, als in allem, was man der äußeren Natur entnehmen kann. Man hat von der Poesie im Recht gesprochen und darunter die Aeußerung der sinnigen, gemüthlichen Auffassung verstanden, wie sie auf dem Gebiete des Rechts in manchen Formen sich kund gibt. Aber dies ist eine Poesie untergeordneter Art und spielt im Recht nur eine höchst kümmerliche Rolle, die wahre Poesie des Rechts liegt in der Erhabenheit seines Problems und in seiner an Majestät und Gesetzmäßigkeit dem Laufe der Gestirne vergleichbaren Bewegung. Das römische Recht ist nun vor allem geeignet, uns diese Poesie der Ordnung und Gedankenmäßigkeit der Rechtsentwicklung zu bewähren; in meinen Augen ist die Geschichte dieses Rechts ein unübertroffenes Kunstwerk, in dem die höchste Einfachheit und Einheit mit der reichsten Fülle der Entwicklung sich paart. Zu diesem Ausspruche bilden freilich die meisten Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte einen schneidenden Contrast. Statt die Einheit in der historischen Bewegung sämmtlicher Institute nachzuweisen, führen sie uns nur eine Reihe von Veränderungen vor, die nichts mit einander gemein zu haben scheinen, zerreißen den Stoff in innere und äußere Rechtsgeschichte, stellen letztern nach Perioden dar (sogenannte synchronistische Methode) diese hingegen nicht (s. g. chronologische Methode), negiren also damit von vornherein die Geschichte des Rechts in seiner Totalität. Der Grund, mit dem sie dies Verfahren zu rechtfertigen suchen, daß die einzelnen Institute sich nicht gleichmäßig entwickelt hät-

ten, sich nicht für alle dieselben Perioden aufstellen ließen, bedeutet nichts anders als: Die Rechtsinstitute haben eine Geschichte, nicht aber das Recht als Ganzes.[28]) Die berühmte Rechtsgeschichte von Hugo faßt zwar die innere und äußere Rechtsgeschichte zusammen und behandelt beide in denselben Perioden, aber die Verbindung beider wie die Perioden selbst sind der alleräußerlichsten Art, und das Zerstücklungssystem ist gerade hier auf die höchste Spitze getrieben.[29])

---

28) Auf die Frage, ob diese Behandlung sich nicht beim akademischen Vortrag aus methodologischen Gründen rechtfertigen lasse, kann ich hier nicht eingehn.

29) Hugo's Perioden sind nichts als Stationen, auf denen die einzelnen Institute sich ausruhen, um, wenn alle sich eingefunden, sich jedes für sich allein wieder auf den Weg zu machen. Kein Institut bekümmert sich um das andere, sie haben nur das mit einander gemein, daß sie bei derselben Station einkehren müssen. Manche würden gern früher einen Ruhepunkt machen, andere umgekehrt, da sie gerade in bester Bewegung sind, noch etwas über die Station hinausgehen, aber beides wird nicht verstattet, sie müssen ausruhen, wo Hugo es ihnen befohlen hat. Dafür rühmt aber Hugo seinen Perioden einen Vorzug nach, den man auch bei Poststationen möglichst zu erstreben sucht, nämlich daß sie gleich lang seien, und sucht den Leser durch die Bemerkung zu gewinnen, daß es „beinahe nur zur Bequemlichkeit des Lesers (und etwa dazu, einzelne Begebenheiten recht auszuheben) dient, wenn Abschnitte gemacht werden, wie viele und welche es sind." Es scheint dem die Idee zu Grunde zu liegen, daß die Kräfte eines schwachen Menschenkindes nicht ausreichen, um mit der Geschichte, die ohne zu ermüden, ihren Lauf ununterbrochen fortsetzt, gleichen Schritt zu halten. Hiernach würde es also ganz auf das Maß der Kräfte ankommen, das der Leser mitbringt, und man könnte, wenn es sich fragte, ob man ihn lieber bei Cicero oder Augustus, lieber bei Alexander Sever oder Constantin einkehren lassen sollte, noch seine spezielle Vorliebe für die eine oder die andere dieser Persönlichkeiten berücksichtigen.

Dieser Hugo'schen Willkühr und seinem Zerstücklungssystem gegenüber verdient die herrschende Methode, die jedes Institut den ganzen Weg zwar für sich allein, aber doch ohne Unterbrechung zurücklegen läßt, offenbar noch den Vorzug; sie gibt, wenn auch keine Geschichte des Rechts, doch wenigstens die der einzelnen Rechtsinstitute.

Ist es denn wahr, daß die einzelnen Institute sich nicht gleichmäßig entwickeln? Wäre es möglich, daß das eine Institut diesem, das andere jenem Gedanken diente, oder, wenn dieselben Gedanken sich auch bei allen Instituten wiederholten, daß sie bei diesem in dieser, bei jenem in gerade entgegengesetzter Reihenfolge aufträten? Dann würde freilich von einer Geschichte des Rechts keine Rede sein können, denn wo jeder einzelne Theil sich selbständig bewegt, gibt es kein Ganzes, keine Einheit.

Damit also von einer Geschichte des Rechts geredet werden könne, wird eine gewisse Gleichmäßigkeit und Gleichzeitigkeit in der Bewegung der einzelnen Institute nothwendig vorausgesetzt. Diese Voraussetzung ist in der That vorhanden, es kömmt aber nur darauf an, sich durch den Schein des Gegentheils nicht irre machen zu lassen. Wenn man sie nicht aufzufinden vermag, so liegt dies nur darin, daß man sie selbst zu mechanisch nimmt, nicht die innere Gleichheit der treibenden Kräfte, sondern die äußere der Erscheinungsform ins Auge faßt, die Gleichzeitigkeit aber nach einem für das Recht zu engen Zeitmaß bestimmt.

Betrachten wir beide Punkte etwas näher.

### 1. Gleichartigkeit der historischen Bewegung.

Niemand wird Bedenken tragen von einer Erkrankung oder totalen Umgestaltung eines Organismus zu sprechen, ungeachtet dieselbe an einzelnen unedlen Theilen nicht hervortritt. Wenn wir nun im Recht von einer totalen Neubildung seines Organismus sprechen, so wird kein Verständiger die Anforderung an uns stellen, daß wir dieselbe an jedem Atom desselben nachweisen sollen. Die Grundgedanken, die jene Neubildung hervorgerufen haben, werden sich in manchen Partikeln des Rechts nicht äußern können, indem letztere auf sie gar nicht reagiren.

An dieser Beobachtung nun, daß nicht an jedem einzel-

nen Punkte des Rechts sich dieselbe Erscheinung wiederholt, würde auch die römische Rechtsgeschichte nie Anstoß genommen haben. Die einzige Beschränktheit, die ihr gefährlich wurde, betrifft die Erkenntniß der Gleichartigkeit in der Umgestaltung der einzelnen Institute. Diese Gleichartigkeit ist in den wenigsten Fällen eine mechanische, augenfällige; ich darf eine obige Bemerkung (S. 30) wiederholen, daß Gleichheit der Aeußerung das Zeichen der Schwäche ist, die Kraft aber sich in der Mannigfaltigkeit der Aeußerungsformen bewährt. Auch im Recht kleidet nur der Winter sich in eine Farbe, die andern Jahreszeiten aber in sehr verschiedene.

Diese Mannigfaltigkeit der Aeußerungsformen wird aber der Erkenntniß der inneren Gleichartigkeit nicht selten gefährlich. Der Proteus der Geschichte taucht im Wellenspiel der historischen Erscheinung bald hier bald dort in veränderter Gestalt auf und sucht uns durch den Wechsel dieser Gestalt zu täuschen. Dieser Gefahr zu entgehen, müssen wir uns eben nicht an das Trugbild der Erscheinung halten, letztere nicht mit den Gedanken messen, die oben aufschwimmen, sondern mit denen, die ihren Kern, ihr Wesen ausmachen. Um letztere aufzufinden, ist eine gewisse Weite der Abstraction, ein Zurücksteigen von den durch die Individualität der Institute tingirten und daher scheinbar verschiedenen nächsten Gedanken zu ihrem gemeinsamen abstracteren Einheitspunkt erforderlich. Um ein Beispiel aus unserer späteren Darstellung zu geben, so sind gewiß die Einführung des Formular-Prozesses, die Privilegien der Soldaten, Frauen u. s. w., die Condemnation auf das Interesse statt auf den objektiven Werth der Sache, die Berücksichtigung der absentia, die actio injuriarum aestimatoria u. s. w. äußerlich sehr verschieden, sie finden aber ihre Vereinigung in dem Gedanken der individualisirenden Tendenz des späteren römischen Rechts. Ebenso hat die grammatische Interpretation der ältern römischen Jurisprudenz auf den ersten Blick nichts gemeinsames mit der Präponderanz der Sache und der physischen Gewalt im ältern Recht, und doch

lassen auch sie sich auf denselben Gesichtspunkt des Uebergewichts der Aeußerlichkeit zurückführen.

Wie nun die Gleichartigkeit der historischen Bewegung bei den einzelnen Instituten nicht in einem ermüdenden Unisono besteht, so ist dies eben so wenig innerhalb eines und desselben Institutes der Fall. Auch hier finden wir Freiheit, Mannigfaltigkeit der Aeußerungsformen bei Identität des inneren Wesens, und auch hier ist es wiederum die Aufgabe, sich durch diese wechselnden Formen nicht irre führen zu lassen. Die Tonart, die Octavenlage, möchte ich sagen, können bei einem und demselben Institut vielleicht öfter wechseln, das Thema mannigfaltig variirt werden, aber dennoch ist es eben dieses Thema, das immer wieder durchklingt.

### 2. Die Gleichzeitigkeit der historischen Bewegung.

Das Maß der Zeit, mit dem man dauernde Zustände oder vorübergehende Ereignisse bestimmen will, ist bekanntlich sehr relativ und richtet sich im Allgemeinen nach der Länge oder Kürze der Zeit, die der zu messende Gegenstand einnimmt. Hiernach kann eine Minute bereits ein zu weites, ein Jahrhundert ein zu enges Maß sein. In der politischen Geschichte sind wir gewohnt nach Jahren zu rechnen und übertragen dies Maß auf die Rechtsgeschichte, ohne die Frage aufzuwerfen, ob es ihr entspricht. Wir werden unten zeigen, daß diese Frage verneint werden muß, daß die Rechtsgeschichte ein ungleich weiteres Maß erfordert, als die politische Geschichte; hier betrachten wir diesen Fehler nur in seiner Anwendung auf die postulirte Gleichzeitigkeit in der Bewegung der einzelnen Institute.

Mißt man dieselbe nach Jahren, so wird sie fast nie vorhanden sein, und zwar nicht bloß wegen der Langsamkeit der Entwicklung des Rechts im Allgemeinen, sondern wegen der verschiedenen Beweglichkeit der einzelnen Institute. Manche derselben zeichnen sich durch Schwerfälligkeit und Tenacität, andere

durch Beweglichkeit und Bildsamkeit aus, und derselbe Entwicklungsprozeß, der bei letzteren sich leicht und mühelos vollzieht und in einem Jahrhundert beendet ist, dehnt sich dort in mühsamer Arbeit über mehre Jahrhunderte aus.

So stehen z. B. das öffentliche und das Privatrecht, der Kriminalprozeß und Civilprozeß und im Privatrecht die einzelnen Theile desselben nicht auf gleicher Stufe. Das Familienrecht und auch, insoweit es mit diesem zusammenhängt, das Erbrecht sind langsamer und weniger bildsam, als das Vermögensrecht, und letzteres zeigt wiederum bei unbeweglichen Sachen eine größere Hartnäckigkeit, als bei beweglichen, und hinsichtlich der letzteren tritt bei den dem Handelsverkehr bestimmten Verhältnissen die höchste Steigerung der Bildungsfähigkeit hervor.

Wenn also ein und derselbe Entwicklungsprozeß auch gleichzeitig bei allen Instituten begönne, so würde doch der fernere Fortgang desselben durch diese verschiedene Empfänglichkeit derselben bestimmt sein, und je nach dieser Verschiedenheit wäre er bei dem einen vielleicht beendet, während er bei dem andern erst zur vollen Thätigkeit gelangte. Aus dem langen Zeitraum von den XII Tafeln bis zu Justinian läßt sich daher kein Jahr, ja nicht einmal ein Abschnitt von 50 oder 100 Jahren als Normalpunkt für alle Institute herausheben; für einige derselben zutreffend würde er für andere zu früh, für andre zu spät sein.

Aber was folgt hieraus? Nicht der Mangel der Gleichzeitigkeit, sondern nur das Bedürfniß einer weiteren Fassung derselben. Wie die von uns gesuchte Identität der Bewegung in den einzelnen Instituten hinsichtlich ihrer Erscheinungs*form* eine große Elasticität besitzt, so auch hinsichtlich ihrer Erscheinungs*zeit*, und es kömmt, um beide zu finden, nur auf den richtigen Maßstab an. Die folgende Ausführung wird diese freiere Behandlung der Zeit für die Geschichte des Rechts in einem noch weiteren Umfange begründen; begnügen wir uns hier zunächst mit dem Resultat, daß bei richtiger Wahl der Gesichtspunkte die von unsern Rechtshistorikern bezeichnete Confor-

mität in der Entwicklung der einzelnen Institute sich allerdings auffinden läßt.

---

Diese Conformität in der Bewegung der einzelnen Theile wird nun zwar vorausgesetzt, damit von einer Geschichte der Totalität des Rechts die Rede sein kann, allein sie fällt mit letzterer nicht zusammen. Die Bewegung sämmtlicher einzelner Institute könnte ja eine planlose, ein regelloses Spiel gleichmäßiger Veränderungen derselben sein, und dann wäre von einer Geschichte des R e ch t s keine Rede. Es genügt also nicht nachzuweisen, daß die einzelnen Institute gleichzeitig dieselben Entwicklungsstadien zurücklegen, sondern daß auch die Reihenfolge ihrer verschiedenen Phasen eine innerlich zusammenhängende ist, die Geschichte des Rechts also sowohl vom Standpunkt eines einzelnen gegebenen Zeitmoments als vom Standpunkt ihres ganzen successiven Verlaufs den Eindruck der Einheit gewähre, ich möchte sagen: die Einheit sowohl im Nebeneinander als Hintereinander, in die Breite wie in die Länge Statt finde.

Daß nun in der Geschichte des Rechts eine solche successive Einheit vorhanden ist, dürfen wir schon von vornherein annehmen. Da nämlich die Individualität eines Volkes nicht heute so, morgen so ist, und ebenso das äußere Leben und der Verkehr desselben sich nicht sprungweise und launenhaft verändert, so kann dasselbe ebenso wenig mit der correspondirenden Bewegung des Rechts der Fall sein. Findet dort eine Einheit der Entwicklung Statt, so wird sie auch hier vorhanden sein. So leicht sich nun diese Einheit von vornherein deduciren läßt, so schwierig scheint es zu sein, sie an einem bestimmten einzelnen Recht nachzuweisen. Eine Anleitung dazu läßt sich natürlich nicht geben, aber es läßt sich wenigstens negativ ein Hinderniß aus dem Wege räumen, das mir sehr nachtheilig gewirkt zu haben scheint. Das ist nämlich der ungebührliche Einfluß, den man hier dem

Moment der Zeit zu verstatten pflegt. Ich kann an die obige Bemerkung anknüpfen, daß die innere Verbindung der Thatsachen wesentlicher ist, als die äußere Verbindung durch die Zeit. Diese Bemerkung hat für die Geschichte des Rechts eine gesteigerte Bedeutung; das Moment der Zeit tritt hier in einem weit höheren Grade zurück, als in der politischen Geschichte. Wir wollen in folgendem

die Bedeutung des Moments der Zeit für die Geschichte des Rechts

sowie die Consequenzen, die sich daraus für die Darstellung ergeben, näher entwickeln.

Diese Bedeutung besteht nun zunächst darin, daß die Geschichte auf diesem Gebiete außerordentlich langsam arbeitet, bei geringer Production ungemein viel Zeit gebraucht. Gesetze können freilich in kurzer Zeit viele erlassen werden, aber nicht jedes Gesetz betrachte ich als ein geschichtliches Ereigniß. Die Gesetze können sich drängen wie die Wolken bei bewegtem Himmel, aber wenn sie ebenso wie letztere rasch vorüberziehen und keine Spur zurücklassen, so rechne ich sie nicht zu den Productionen, von denen ich hier spreche, sondern zu dem Abfall, den Spänen, die davon fliegen, wenn die Geschichte arbeitet. Die Productivität der Geschichte des Rechts hat die Entwicklung des Rechtsorganismus zum Gegenstande und bewährt sich nicht daran, was derselbe consumirt, sondern was er verdaut. Diese Arbeit geht sehr langsam von Statten und liefert vielleicht in einem Jahrtausend nicht so viel, als die politische, Kunst- und Literaturgeschichte in einem Jahrhundert. Selten sind für das Recht die Fälle, wo dasselbe unter dem Einflusse plötzlicher gewaltsamer Impulse in rasche Bewegung geräth und, ich möchte sagen, auf dem Wege vulkanischer Bildung neue fertige Schichten aus sich heraustreibt; auch wird hier dem plötzlichen Ausbruch eine lange Zeit der Vorbereitung vorangegangen sein. Die Regel ist die, daß diese Schichten durch höchst

allmähligen und unmerklichen Niederschlag der Atome sich ansetzen und ablagern, so daß die Bildung einer neuen Formation viele Jahrhunderte erfordern kann.[30]) Der Grund dieser ungewöhnlichen Schwerfälligkeit des Rechts ist leicht zu finden; es ist derselbe, aus dem die Entwicklung des Charakters langsamer, mühsamer von Statten geht, als die intellektuelle Ausbildung. Der Charakter eines Individuums und ein Recht — letzteres ist ja der Charakter eines Volksindividuums — die sich beständig ändern, die nach Art der intellektuellen Thätigkeit in beständiger Bewegnng und Spannung begriffen sind, taugen beide nicht viel. Eine gewisse Stetigkeit und Hartnäckigkeit ist bei beiden das Zeichen der Gesundheit und Kraft. Wenn jede Generation das von der Vergangenheit ererbte Recht als „eine ewige Krankheit" von sich stoßen und dafür das Recht, „das mit uns geboren", an die Stelle setzen wollte, so würde die sittliche Kraft des Rechts über die Gemüther rasch abnehmen, und das Recht im ewigen Rollen begriffen dem Abgrunde entgegeneilen. Je leichter, rascher und häufiger in einem Staat das Recht producirt, desto geringer jene moralische Kraft;[31]) je seltner diese Productionen, je länger der Zwischenraum zwischen der Empfängniß und der Geburt, je schmerzhafter die Geburtswehen, desto fester und kräftiger das Product. Darum kann das Recht nur bei einem willenskräftigen Volk gedeihen, denn nur bei einem solchen Volk ist die conservative wie progressive Kraft in dem Maße ausgebildet, daß das Recht nur unter Schmerzen gebären kann. Als Beispiel nenne ich das ältere Rom und England; für das gegenüberstehende

---

30) Am meisten Aehnlichkeit hat auch in dieser Beziehung mit dem Recht die Sprache. Die Verschiedenheit des Nationalcharakters bewirkt auch hier eine große Abstufung der Bildsamkeit, wofür beispielsweise auf „die größere Tenacität des Dorismus am Alten und die versatilere Volubilität der Mundarten Jonischen Stammes" verwiesen werden mag.

31) Perditissima republica plurimae leges. Auch bei Individuen ist ja die Productivität an guten Vorsätzen ein Zeichen von Charakterschwäche.

Extrem einer Eintagsfliegen-Fruchtbarkeit braucht man leider weniger nach Beispielen zu suchen.

Diese eben entwickelte Schwerfälligkeit und Langsamkeit des Rechts läßt sich mit andern Worten auch so ausdrücken: das Recht bedarf zu seinen Productionen langer Zeiträume. Wir stellen dem nun gegenüber eine zweite Eigenthümlichkeit der Beziehung der Zeit zur Rechtsgeschichte, nämlich die Unbestimmtheit und Unsicherheit des Zeitpunktes. Dieselbe hängt mit der Länge der Zeiträume nicht nothwendig zusammen; letztere kann mit scharfer Bestimmung der Zeitpunkte und umgekehrt die Kürze der Zeiträume mit Unbestimmtheit jener verbunden sein.

Der Erlaß eines Gesetzes läßt sich nach Tag und Stunde bestimmen, und wäre die Geschichte des Rechts nichts als eine Geschichte der Gesetze, so würde hier für manche Zeiten die äußerste chronologische Genauigkeit herrschen können. Aber so wichtig es stets in praktischer Beziehung ist, von welchem Zeitmoment an ein Gesetz gilt, so wenig ist dies in historischer Beziehung der Fall. Als einziger äußerer Anhaltspunkt mag uns auch hier das Datum des Gesetzes brauchbar sein, aber überschätzen wir nicht den Werth desselben. Nichts wäre irriger, als zu glauben, daß die Geburtsstunde der in dem Gesetz aufgestellten Rechtsgrundsätze mit jenem Augenblick zusammenträfe. Beide können vielmehr weit auseinanderfallen; wir erinnern an unsere Ausführung über die Formulirung der Rechtssätze. Längst bevor das Gesetz einen Rechtsgrundsatz sanctionirte, kann derselbe bereits im Leben gegolten haben, und es ist Zufall, daß er gerade jetzt, nicht früher und später ausgesprochen wird. Wie verkehrt wäre es hier, die Entstehung jenes Grundsatzes nach dem Tage des Gesetzes zu datiren.

Aber selbst dieser äußere Anhaltspunkt des Publikationstages der Gesetze fehlt häufig. Wie manches wichtige Gesetz tritt in der römischen Rechtsgeschichte auf, von dem uns nicht einmal das Jahrhundert, in das es fiel, bezeichnet wird. Und wie vieles bildet sich auf dem Boden des Rechts, ohne nur

einmal in einem Gesetze erwähnt zu werden. Was die schöpferische Kraft des Lebens oder die Praxis der Gerichte auf gewohnheitsrechtlichem Wege zu Tage fördert, was die Wissenschaft allmählig in Umlauf setzt und in Aufnahme bringt, dafür läßt sich kein Datum angeben. Oder sollten wir es darnach datiren, wann es zuerst in unsern Quellen erwähnt wird, das Jahr, in dem es in der uns erhaltenen Literatur auftaucht, und das vielleicht das funfzigste oder hundertste seiner Existenz ist, für das erste derselben halten? Die glänzenden Thaten einzelner Individuen, Schlachten und merkwürdige Vorfälle und ebenso auch die wichtigen Gesetze werden sorgfältig berichtet, weil sie äußerlich in die Augen und der Zeit nach in ein bestimmtes Jahr fallen, und kein Annalist, der dieses Jahr vor sich hat, wird sie übergehen; hingegen die allmählige und unmerkliche Bildung des Rechts aus dem Leben heraus entzieht sich leicht dem Auge und erhält selten einen so eklatanten, in einen bestimmten Zeitmoment fallenden Abschluß, daß derselbe als ein Ereigniß dieses bestimmten Jahres aufgezeichnet werden müßte. So schleicht sich das auf diesem Wege gebildete Rechtsproduct, eben weil seine Bildung nicht mit Geräusch verbunden ist und nicht in ein einzelnes Jahr fällt, unbeachtet durch manches Jahr dahin, bis ein Zufall ihm die erste schriftliche Aufzeichnung verschafft; die aber wiederum ein anderer Zufall der Nachwelt vorenthalten kann. Bei der Betrachtung des Rechtsorganismus (§. 3) fanden wir eine dreitheilige Gliederung desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, psychische Organisation desselben, und im allgemeinen möchte die chronologische Bestimmtheit in derselben Weise abnehmen, wie wir in jener Gliederung vom speziellen zum allgemeineren aufsteigen. Ein Rechtssatz wird zu seiner Bildung kürzere Zeit gebrauchen, als ein Rechtsbegriff, ein Rechtsbegriff kürzere Zeit, als ein Umschwung in der Rechtsanschauung. Für die Perioden der Geschichte, in denen die Bildung der Rechtssätze vorzugsweise dem Gesetzgeber anheimfällt, ist dieser Satz offenbar am zutreffendsten, hier ließe er sich auch so ausdrücken: Der Gesetz-

geber arbeitet rascher, als die Doctrin, die Doctrin rascher als der Volksgeist, je langsamer aber hier die Production, um so unbestimmter der Zeitpunkt ihres Abschlusses.

Aus dem bisherigen geht zur Genüge hervor, wie unvollkommen es mit der Chronologie der Rechtsgeschichte für entlegene, quellenarme Zeitalter beschaffen sein muß. Für manche völlig gleichgültige Gesetze kann sie Jahr und Tag angeben, und für die wichtigsten Ereignisse, für den Umschwung der Ideen und die durch denselben hervorgerufene Umgestaltung des Rechts kaum das Jahrhundert. Die Zusammenstellung von Jahreszahlen, zu der sie sich durch ihre Quellen in Stand gesetzt sieht, ist daher nothwendigerweise sehr lückenhaft, und die einzelnen Angaben enthalten dem bisherigen nach nur sehr selten den wirklichen, wahrhaften Zeitmoment eines rechtshistorischen Ereignisses. Das unmittelbare Interesse einer so unvollkommenen Chronologie kann ich daher nur höchst gering anschlagen; dagegen wird sich unten bei dem, was wir an ihre Stelle setzen werden, ein hoher mittelbarer Werth derselben ergeben.

Als Resultat haben wir gefunden, daß das Moment der Zeit in der Geschichte des Rechts eine geringere Bedeutung hat, als in der politischen Geschichte, indem nämlich die Bewegung des Rechts eine mehr innerliche und darum sehr langsame und unmerkliche ist, die Zeiträume also lang und die Zeitpunkte unbestimmt sind.

Es ist nur ein anderer Ausdruck dieses Resultates, wenn wir sagen: Der Rechtshistoriker muß die Zeit mit einem weiteren und elastischeren Maße messen, als sonst üblich ist. Je enger die zeitlichen oder räumlichen Gränzen eines Gegenstandes sind, desto genauer kann das zeitliche oder räumliche Maß, desto näher der Standpunkt der Betrachtung sein; je weiter aber die Dimensionen in Zeit oder Raum, desto weiter darf auch das Maß, desto entfernter soll der Standpunkt der Betrachtung sein, damit ein richtiger Totaleindruck gewonnen werde, der Zusammenhang des Gegenstandes in die Augen springe. Ein

Rechtshistoriker wird daher kleinere und nach Jahren bestimmte Zeiträume, die für die Darstellung der politischen Geschichte durchaus geeignet wären, nicht zu Grunde legen können, ohne sich von vornherein die Verfolgung seines letzten Ziels — die Aufdeckung des sachlichen Zusammenhanges in der Entwicklung des Rechts — sehr zu erschweren. Er wird sich vielmehr von vornherein anschicken müssen dieser Entwicklung ununterbrochen während einer Reihe von Jahrhunderten zu folgen, ich möchte sagen, der Zeit Zeit, lassen sich ihm verständlich zu machen. Ebenso wird er, wenn der Verlauf dieser Entwicklung ihn zwingt, einen Abschnitt zu machen, sich nicht ein bestimmtes Jahr als Gränzpunkt setzen, über den er seinen Blick nicht hinausschweifen lassen dürfte, und mit dem er später wieder begönne. Denn wenn die Geschichte selbst ihm die Feststellung eines solchen Normaljahres auch noch sehr erleichtert hätte, auch noch so sehr den schmalen Streifen eines Jahres zur äußeren Gränzscheide zweier innerlich geschiedener Perioden gemacht hätte, so würde doch selbst in diesem glücklichsten Fall manches diesseits des Normaljahres fallen, was sachlich zur folgenden Periode, manches jenseits desselben, was sachlich zur vorhergehenden Periode gehörte. Der scharfe Einschnitt nach Seiten der Zeit würde hier also das Zusammengehörige trennen, das Heterogene unvermittelt neben einander stellen. Um diese innere Connexität zu retten, wird daher der Rechtshistoriker seinen Perioden statt des Jahres vielleicht nur ein Jahrhundert als Gränze anweisen können und sich trotzdem dabei noch vorbehalten müssen, manche Erscheinung, die in die spätere Periode fällt, zu anticipiren und umgekehrt andere, die der früheren Periode angehören, in die folgende zu verweisen. Man wird daher den Perioden des Rechtshistorikers nothwendigerweise eine gewisse Elasticität zugestehen müssen. Dies Postulat enthält im Grunde nichts als die Anwendung unseres oben aufgestellten Fundamentalsatzes, daß die innere Verwandschaft der Thatsachen wesentlicher ist, als ihre äußere Verbindung durch die Zeit. Die Geschichte eines jeden Rechtes wird

es bewähren, daß die Vorboten eines neuen Systems sich bereits einstellen, während das alte noch in voller Kraft steht, und daß umgekehrt Nachzügler des letzteren sich so lange verspäten können, daß ersteres inzwischen zur vollständigsten Herrschaft gelangt ist. Jene Vorboten, der Zeit nach früher, als diese Nachzügler, werden nur vom Standpunkt des neuen Systems aus, diese Nachzügler nur von dem des alten aus richtig gewürdigt werden können, und diese ihre systematische Beziehung, nicht aber ihr chronologisches Verhältniß wird ihnen ihre wahre Stellung anweisen.

---

Die bisherige Ausführung hat uns bereits zu einem Punkt geführt, von wo aus wir nur noch einen Schritt zu thun haben, um bei dem in der Rechtsgeschichte nicht seltenen Fall eines Conflikts zwischen dem Moment der Zeit und dem des sachlichen Zusammenhanges der historischen Entwicklung (dem chronologischen und systematischen Moment) jenes erste Moment für das secundäre und accessorische, dieses zweite aber für das wesentliche und bestimmende zu erklären. Die Zeit soll durch das System verdrängt werden, letzteres soll sich aus sich selbst heraus frei entwickeln, ohne durch die Zeit beengt zu sein, und nur soweit als letztere im Stande ist, sich zu einem systematischen Moment zu gestalten, soll sie Zutritt finden. Vielleicht treibt mich die ungebührliche Wichtigkeit, welche man dem Moment der Zeit in der Rechtsgeschichte beilegt, in das entgegengesetzte Extrem, wie ja ein Extrem das andere hervorzurufen pflegt, aber ich habe bis jetzt keinen Grund gefunden, die Richtigkeit meiner Ansicht, deren Begründung ich jetzt versuchen will, zu bezweifeln.

Die zwei äußersten Extreme, die hier möglich sind, würden sein die ausschließliche Anordnung der Rechtsgeschichte nach dem Moment der Zeit und die ausschließliche, jegliche Zeitangabe

verschmähende Verfolgung des inneren Zusammenhanges der Entwicklung. Jenes erste Extrem, die rein annalistische Darstellungsmethode, würde eine Einsicht in die Totalentwicklung des Rechts weder voraussetzen noch gewähren; es würde hier nicht einmal der erste Ansatz zu einer Rechtsgeschichte vorhanden sein, und man könnte von diesem Standpunkt aus sich dem systematischen Moment gar nicht nähern, geschweige beide Momente miteinander verschmelzen.

Ganz anders verhält es sich mit dem entgegengesetzten Extrem. Vorausgesetzt daß es gelänge, den realen Zusammenhang der Entwicklung des Rechts wahrhaft zu erfassen und darzustellen, worüber unten ein weiteres, so würde damit die wesentliche Aufgabe des Historikers gelöst seyn, und was fehlte, würde sich leicht nachtragen lassen, es wären eben nur die Jahreszahlen, und sie sind das rein Zufällige, Aeußerliche in der Zeit.[32]) Es würde hier nicht derselbe Verstoß gegen das chronologische Moment begangen, wie dort gegen das systematische, die Zeit negirt, wie dort das System, sondern das System würde in der That selbst ohne Wissen und Wollen des Darstellenden implicite das wesentliche des Moments der Zeit in sich aufgenommen haben, indem eben die Schilderung der realen Entwicklung des Rechts (was ich hier System nenne) sich *parallel mit der Zeit selbst bewegen* würde. Der Fortschritt des Systems involvirt nothwendigerweise den Fortschritt der Zeit, nicht aber umgekehrt, denn die Zeit ist nicht die vis movens, sondern der bloße Rahmen, in den die Evolutionen des Systems hineinfallen. Das Anderssein des Gegenstandes setzt nothwendiger-

32) Ich nenne sie zufällig in demselben Sinn, in welchem man es Zufall nennen kann, daß in einem bestimmten Zeitraum die und die Personen gestorben sind, während man nach statistischen Beobachtungen es als voraussichtlich *nothwendig* bezeichnen konnte, daß so viel Procente der Bevölkerung sterben mußten. So läßt sich auch begreifen und motiviren, daß eine historische Thatsache in dies Jahrhundert, nicht aber, daß es in dieses Jahr und auf diesen Tag fiel.

weise ein Anderssein der Zeit voraus, und wer das Verhältniß in den Veränderungen des Gegenstandes systematisch, sachlich begriffen hat, wird sie im wesentlichen in dieselbe Ordnung bringen, in der sie in der Zeit aufeinander folgen. Dieser Gedanke der parallelen Bewegung des Systems und der Zeit wird unten noch weiter ausgeführt werden, hier genügt uns das Zugeständniß, daß die einseitige Verfolgung des systematischen Moments den sachlichen Zusammenhang der Dinge, also den wesentlichen Kern der Geschichte zur Anschauung bringen würde und das Moment der Zeit auch bis in sein Detail hinein jeden Augenblick in sich aufnehmen könnte.

Ist nun aber in der That diese einseitige Verfolgung wirklich möglich, würden wir z. B., wenn uns für die römische Rechtsgeschichte von den XII Tafeln bis auf Justinian gar keine äußere Zeitbestimmung gegeben wäre, den Stoff dennoch nach seiner wirklichen historischen Reihenfolge anordnen können? Abstrahiren wir einmal von der Geschichte des Rechts und nehmen ein anderes Beispiel, nämlich die Geschichte der Bildung der Erdoberfläche. Dem Geologen, der sie uns schildern soll, ist kein äußeres Zeugniß der Zeit gegeben, ihm ist nicht berichtet, in welcher Reihenfolge und in welchen Intervallen die Veränderungen der Erdoberfläche vor sich gegangen sind. Und doch kann er uns diese Reihenfolge aufs unwidersprechlichste darthun, ja er kann, wenn auch nur mit einem sehr weiten Maßstabe, die Zeit bestimmen, die über diesen Bildungen verflossen ist. Denn die Geschichte, die er darstellt, hat sich dem Gegenstande selbst i n c r u s t i r t, das Moment der Z e i t hat sich entsprechend im R a u m ausgedrückt, die Schichten und Systeme, aus denen diese Geschichte besteht, lagern so ü b e r einander, wie sie in der Zeit n a c h einander folgten, und zwar ist diese räumliche und zeitliche Reihenfolge keine Zufälligkeit, sondern eine systematische d. h. in der Natur der verschiedenen Schichten begründete Nothwendigkeit. Hier dient also der systematische Zusammenhang als chronologisches Bestimmungsmittel; was dem System nach

geschieden, ist es auch der Zeit nach, und systematische Nähe und Ferne, wenn ich so sagen darf, ist der Maßstab der chronologischen Entfernung. Das Moment der Zeit erscheint hier also in vollkommenster Abhängigkeit von dem des Systems, es bewegt sich, wie ich oben sagte, parallel mit letzterem, und andererseits gewinnt es wiederum die höchste Weihe, indem es nichts äußerliches, nicht ein Rahmen des Gegenstandes ist, sondern sich der Sache selbst incarnirt hat.

Diese Bestimmbarkeit der Zeit nach systematischen Kriterien ist nun keineswegs auf die Geschichte der Natur beschränkt, sondern findet sich eben so gut auf dem Gebiete der moralischen Welt. Nehmen wir z. B. die Geschichte einer Literatur und Sprache. Wenn nach Jahrtausenden einem Literarhistoriker und Sprachforscher die Hauptwerke der deutschen Literatur von Anbeginn derselben bis auf die heutige Zeit in bunter Unordnung und mit Ausmerzung jeglicher darin enthaltenen Jahreszahlen übergeben würden, sollte es ihm nicht gelingen, nach systematischen Kriterien die Zeitfolge derselben zu bestimmen und eine Geschichte der deutschen Sprache und Literatur zu schreiben, bei der nichts weiter fehlte, als die Jahreszahlen? Und gäbe man ihm für jede Periode nur einige äußere chronologische Anhaltspunkte, so würde er auch im Stande sein, die fehlenden Zeitbestimmungen selbst zu machen.

Sollte dasselbe nun nicht auch beim Rechte möglich sein, sollte man, wenn man verschiedene Phasen eines und desselben Rechtsinstitutes vor sich hat, nicht an ihnen selbst erkennen können, welche die ältere, welche die jüngere ist? Wir wollen dies näher untersuchen.

Ich werde diese Bestimmung der Zeit nach inneren Kriterien fortan die innere Chronologie nennen, und ihr als äußere diejenige entgegensetzen, die nur auf äußeren historischen Zeugnissen beruht. Für das Verhältniß beider möchte ich nun im allgemeinen folgende Regel aufstellen. Je concreter, individueller ein historisches Ereigniß, je mehr es aus der persönlichen

Freiheit hervorgegangen ist und in einen bestimmten schmalen Zeitmoment fällt, um so weniger wird sich die innere Chronologie daran bethätigen können, um so mehr wird aber auch die äußere Chronologie sie hier dieser Mühe überheben. Umgekehrt aber je unpersönlicher, innerlicher, naturwüchsiger eine Entwicklung, je langsamer sie von Statten geht, je weniger der Anfang oder das Ende derselben in einen bestimmten Zeitmoment fällt, um so dürftiger wird die äußere Chronologie, um so nöthiger und um so sicherer und erfolgreicher die innere Chronologie. In ihrer Anwendung auf das Recht führt diese Regel zu dem gewiß richtigen Resultat, daß die Möglichkeit der inneren Chronologie hier im hohen Grade vorhanden ist und zwar in einem um so höhern, je naturgemäßer die Entwicklung eines bestimmten Rechts ist, je mehr dieselbe also auf gewohnheitsrechtlichem Wege vor sich geht; in einem um so geringeren, je mehr die Verfassung die Wirksamkeit der allgemeinen Triebkräfte des Rechts erschwert und die Fortbildung des Rechts auf den Willen eines einzelnen Subjekts stellt. Für das römische Recht ist daher jene Möglichkeit bis in die spätere Kaiserzeit hinein in hohem Maße vorhanden.

Am wenigsten Schwierigkeiten wird diese chronologische Bestimmung haben, sobald sie nicht absolut verfahren d. h. die Zeit ermitteln will, in welche die einzelnen rechtshistorischen Ereignisse fallen, sondern sich darauf beschränkt, relativ die Reihenfolge derselben zu entdecken. Den drei Rechtssystemen, die wir späterhin charakterisiren werden, steht ihr verschiedenes Alter und die Folge derselben so deutlich auf der Stirn geschrieben, daß kein Verständiger ein äußeres Zeugniß dafür begehren würde. Dasselbe gilt für jeden, der derartige Schrift lesen kann, von den verschiedenen Entwicklungsphasen der einzelnen Institute. Man vergleiche z. B. die verschiedenen Formen der Ehe; wer sähe nicht sofort, daß die Ehe mit manus älter ist, als die ohne manus, die Eingehung der ersteren durch confarreatio älter, als die durch coemptio? Man nehme ferner die Errich-

tung des Testaments in den Comitien, durch aes et libram, die prätorische Testamentsform; die Antretung der Erbschaft durch cretio, hereditatis aditio, pro herede gestio; die Obligationsformen des nexum, der Stipulation, die Obligirung durch bloßen Consens; die Vindication in Form der legis actio sacramento, der sponsio, der arbitraria actio; die Handhabung der Strafgerichtsbarkeit durch die Comitien, die quaestiones perpetuae, die Einzelnrichter; die Strafen des sacer esse, des Exils, der Verurtheilung ad bestias, metalla u. s. w.; den Legisactionen-, Formular-Proceß, das Verfahren extra ordinem; die Personalexecution, die bonorum venditio, das pignus ex causa iudicati captum; das Legat, Fideicommiß; Errichtung der Servituten, Freilassung u. s. w. auf solenne und nichtsolenne Weise u. s. w. Wer brauchte sich in allen diesen Fällen die Reihenfolge der verschiedenen Formen erst sagen zu lassen? Wie bei allem, was entsteht und vergeht, die verschiedenen Stufen der Entwicklung ihren bestimmten Typus tragen, so auch beim Recht, und so wenig ein Jüngling den Typus eines Greises, ein Mann den eines Kindes an sich haben kann, so wenig können auch Rechtsideen, die erfahrungsmäßig einer gewissen Altersstufe angehören, wie z. B. die Präponderanz der Religion im Recht der Kindheit desselben eigenthümlich ist, bei einem einzelnen Recht sich von dieser Verbindung losreißen. Die Auffassung der Strafe als eines religiösen Sühnemittels, als Privatgenugthuung, als Bethätigung der Sittlichkeit des Staats weist auf verschiedene Culturstufen hin, deren Reihenfolge wo sie überhaupt sich finden, eine nothwendige ist. Es lassen sich über die Priorität der verschiedenen Rechtsbildungen gewisse allgemeine Sätze aufstellen, z. B. daß das relativ vollkommnere Rechtsmittel oder Rechtsinstitut jünger ist, als das unvollkommnere, der gerade Weg später aufgefunden ist, als der Umweg (die mittelbare Erreichung eines rechtlichen Geschäftes durch Scheingeschäfte, Fictionen u. s. w.), die materielle, äußerliche Auffassung der innerlichen, spirituellen, die gramma-

tische Interpretation der logischen der Zeit nach vorgeht u. s. w. Der comparativen Jurisprudenz der Zukunft wird es möglich werden, statt solcher abgerissenen Abstractionen eine zusammenhängende Theorie der Altersstufen des Rechts aufzustellen; es ist dies eine von den Aufgaben der allgemeinen Physiologie des Rechts, welche letztere aber, wie wir oben bereits erwähnten, noch in der Kindheit liegt. Für unsere gegenwärtige Zwecke werden wir selten in die Lage kommen, zu solchen allgemeinen Sätzen unsere Zuflucht zu nehmen, indem uns die chronologisch feststehenden Punkte des römischen Rechts für die Bestimmung der chronologisch unsicheren fast überall Anhaltspunkte gewähren.

Diese Anhaltspunkte sind für die absolute Zeitbestimmung, der wir uns jetzt zuwenden, völlig unentbehrlich. Um zu bestimmen, welcher Zeit irgend eine ohne Bezeichnung derselben uns überlieferte Rechtsbildung angehört, müssen wir den Charakter der verschiedenen Zeiten, ihre Eigenthümlichkeiten in Auffassung und Gestaltung des Rechtsstoffes kennen. Hier ist dann der Punkt, auf dem die äußere Chronologie uns die wesentlichsten Dienste erzeigt. Diese Dienste können wir ihr aber in doppelter Weise reichlich erwidern, einmal nämlich indem wir die Lücken, die sie läßt, ausfüllen, und sodann indem wir dem Moment der Zeit, das sie nur in einseitiger und rein äußerlicher Weise hervortreten läßt, zu seiner wahren Bedeutung verhelfen. Beide Aufgaben sind auf einem Wege, aber auch nur auf diesem erreichbar, nämlich auf dem oben bereits angegebenen der Aufsuchung der Lagerungsschichten oder Systeme der Rechtsbildung. Man wird freilich, auch ohne diesen Weg einzuschlagen, einzelne rechtshistorische Erscheinungen, für die keine Zeitangabe sich findet, nach ihrer Aehnlichkeit oder Verwandschaft mit anderen chronologisch bestimmten lociren können, allein dies bleibt Stückwerk, und wo es mehr ist, wird dies nur dadurch möglich, daß man sich dabei durch seine Anschauungen von dem Charakter der verschiedenen Zeiten, der Totalität

ihres rechtlichen Seins und Denkens leiten läßt. Wir verlangen aber eben auch nichts anderes, als daß diese Anschauungen, die jeder Kenner des römischen Rechts besitzt, ausgesprochen, geläutert und zu einem Ganzen verbunden werden. Sobald man eine rechtshistorische Erscheinung in eine bestimmte Zeit verlegt, weil sie mit den übrigen Erscheinungen derselben eine ähnliche Tendenz verfolgt, auf derselben Idee beruht, so operirt man bereits mit dem Mittel, das wir hier anwenden wollen. Diese Operation kann aber nur zu einem gedeihlichen Ziele führen, wenn sie nicht bloß hie und da, wie es das Bedürfniß einer rechtshistorischen Aufgabe mit sich bringt und unter Beziehung auf einzelne unbewiesene oder vorgefaßte Anschauungen vorgenommen wird, sondern wenn sie die Systeme der Rechtsbildung in ihrer Totalität zu ihrer Grundlage nimmt. Erst in dieser Totalität des Systems tritt die innere Aehnlichkeit des einzelnen, äußerlich sehr verschiedenen Stoffes hervor, erst hier gewinnt man einen sicheren Maßstab zur Beurtheilung seines Alters. Nehmen wir nun an, daß es gelingt, für die verschiedenen Zeiten verschiedene Systeme der Rechtsbildung nachzuweisen, so werden wir mit derselben Sicherheit, mit der ein Literarhistoriker und Sprachforscher eine ihm vorgelegte Schrift in die und die Zeit verweist, dasselbe wenigstens hinsichtlich mancher rechtshistorischer Erscheinung zu thun vermögen. Wie er werden auch wir sagen können: diese Form des Rechtsinstituts paßte nur in dieses System hinein, jene nur in jenes; diese Neuerung konnte nur unter dem Einflusse der Tendenzen dieser bestimmten Zeit entstehen, nur in dieser Atmosphäre gedeihen. Nicht immer freilich können wir mit solcher apodiktischer Gewißheit sprechen, werden vielmehr zugeben müssen, daß manche rechtshistorische Erscheinung für verschiedene Zeiten denkbar, möglich gewesen wäre; aber sobald sich nachweisen läßt, daß sie nur für eine bestimmte Zeit naturgemäß, motivirt, für jede andere zwecklos, überflüssig war, so wird nur ein Skeptiker über die richtige Stellung in Zweifel bleiben können. Miß-

griffe sind hierbei möglich, allein die Methode selbst dürfen wir uns im Interesse der Wissenschaft dadurch nicht verkümmern lassen. Sie beruht, mit einem Worte bezeichnet, auf der Attractionskraft des Systems, auf dem Gedanken, daß, was in dem System der einen Periode als Abnormität, Unbegreiflichkeit, in dem einer andern aber als harmonischer Bestandtheil desselben erscheinen würde, diesem letzterem zuzuweisen ist, weil die Geschichte nicht planlos und launenhaft, sondern zusammenhängend und gedankenmäßig zu schaffen pflegt.

Die bisherige Ausführung gewährt uns für die Behandlung des Momentes der Zeit in der Rechtsgeschichte folgendes Resultat. Es ist eine Verkehrtheit, Zeiträume zu machen und damit die Zeit zum fundamentum dividendi zu erheben, es ist eine Verkehrtheit in der Rechtsgeschichte mit Jahreszahlen zu operiren, denn abgesehen davon, daß sich dies doch nicht immer durchführen läßt, so faßt man dabei nur das rein Zufällige in der Zeit auf. Die richtige Behandlungsweise besteht darin, daß man das chronologische Moment dem systematischen unterordnet, daß man die Schichten des Rechts als das wesentliche seiner Geschichte betrachtet. Hat man sich ihrer bemächtigt, so läßt sich das chronologische Material leicht verarbeiten und sich, sobald man nur mit einem weiten Zeitmaß operirt, in eine so innerliche Beziehung zum Gegenstande bringen, daß die Zeit nicht mehr als äußerer Rahmen der historischen Entwicklung, sondern als eine Incarnation derselben erscheint, und mithin aus ihr die Lücken der äußeren Chronologie ergänzt werden können.

Von dieser Auffassung ausgehend werden wir bei unserer Darstellung dem Moment der Zeit nur eine geringe Beachtung schenken, eine um so geringere, als unsere Aufgabe nicht darin besteht, dem Leser das ganze Material der römischen Rechtsgeschichte vorzuführen, sondern die leitenden Gedanken dieser Geschichte nachzuweisen.

## Plan der folgenden Darstellung.

VI. Wir unterscheiden in der Geschichte des römischen Rechts drei Systeme, von denen das zweite, dessen Blüthe mit der der Republik zusammenfällt, das specifisch römische ist, den Triumph und die ausschließliche Herrschaft der rein nationalen Ansicht enthält. Die beiden andern Systeme sind die Endpunkte, durch die dieses Recht mit der außerrömischen Geschichte zusammenhängt, und zwar durch das erste mit der Vorgeschichte, durch das dritte mit der Nachgeschichte Roms. Das erste ist das ursprüngliche Betriebskapital, das Rom von der Geschichte entlehnt, das dritte die reichlich verzinste Schuld und Errungenschaft, die es ihr dafür zurückerstattet, und welche die Geschichte wiederum anderen Völkern zuwendet. Zur Zeit des ersten Systems ist die römische Nationalität erst in der Bildung, zur Zeit des dritten bereits in der Abnahme begriffen, an beiden bewährt sich aber die römische Kraft, an dem ersten, indem sie dasselbe umgestaltet, an dem dritten, indem sie dasselbe schafft. Die erste That des römischen Geistes auf dem Boden des Rechts besteht darin, daß er sich ein besonderes Gebiet auf demselben ausscheidet, in das er sich zurückzieht, um sich zur höchsten Kraft zu entwickeln, die letzte That, daß er selbst die Schranken aufhebt und wieder in die Welt hinaustritt.

Das erste System findet er bereits vor. Die ursprüngliche Bildung desselben fällt über alle urkundliche Geschichte hinaus in jene Zeit, als die Trennung der indogermanischen Völker noch nicht erfolgt war. Noch in der Gestalt, die es in der ältesten römischen Zeit an sich trägt, hat es unverkennbare Aehnlichkeit mit dem Recht, das achthundert bis tausend Jahr später bei den Germanen sichtbar wird.[33]) Dies System nun wie es

---

33) Nämlich wie es neuerdings von Sybel in seiner Entstehung des deutschen Königthums meiner Ansicht nach am richtigsten aufgefaßt ist. Die gleichzeitig erschienene, höchst verdienstvolle Schrift von Waitz, deutsche Ver-

beim Beginn der römischen Geschichte auftritt, enthält noch den Grundzug jeglicher Anfangsbildung in sich, nämlich die Ununterschiedenheit, die Gebundenheit der inneren Verschiedenheiten. Recht und Religion, öffentliches und Privat-Recht, Staat und Individuum schlummern noch friedlich neben einander, haben sich noch nicht von einander geschieden, um jeder in seinem Kreise sich selbständig zum Besten des Ganzen zu bewegen. Das öffentliche Recht trägt einen privatrechtlichen, das Privatrecht einen öffentlichen Charakter, die Religion ist an das Recht und das Recht an die Religion gefesselt. Das ganze System ist nichts weiter als eine Erweiterung und Versteinerung der Familie, die Conservirung und Ausbildung der Familienverbindung zu rechtlichen Zwecken und die Beibehaltung jener Ununterschiedenheit, in welcher in der Familie Religion, Sittlichkeit, Gemeinschaft, Individuum neben einander auftreten.

Die wandernden Germanen mochten noch ein Jahrtausend auf dieser niedersten Stufe stehen bleiben, aber das römische Volk, das eine Begabung zur Cultur des Rechts in sich trug, wie kein anderes, ließ sie bald hinter sich und legte in unserm zweiten System, dessen Bildung bereits in der zweiten Hälfte der Königszeit beginnt, eine glänzende Probe dieser Befähigung ab. Dies System zeigt uns zunächst die Aufhebung jenes Zustandes der Ununterschiedenheit. Recht und Religion, Staat und Individuum sondern sich, und innerhalb der einzelnen Theile des Rechts setzt sich der Sonderungsprozeß mit der höchsten Meisterschaft fort und treibt hier im einzelnen Bildungen hervor, die durch die Schärfe ihres Gegensatzes in Form wie Kern, durch die Fülle und ungebrochene Consequenz ihres Inhaltes, kurz durch ihre scharfgeprägte Individualität den Eindruck plastischer Gestalten machen. Was in diesem System zur Erscheinung kömmt, das ist kernig, wie die Römer jener Zeit selbst;

---

fassungsgeschichte B. I. hat den Einfluß des Familienprinzips, das jener Schriftsteller mit Recht an die Spitze stellt, zu gering angeschlagen.

nichts halbes, nichts unbestimmtes, nichts zusammengesetztes und übergangsartiges, nichts mildes und zartes, sondern alles entweder ganz — oder gar nicht vorhanden; kenntlich bis zur Unmöglichkeit eines Mißgriffes, einfach und aus einem Gedanken heraus gearbeitet, aber dieser mit unerbittlicher und grausamer Consequenz durchgeführt. Dies Recht macht den Eindruck einer durch ihre ingeniöse Einfachheit großartigen Maschine. Sie arbeitet eben wegen ihrer Einfachheit mit der größten Sicherheit und Gleichmäßigkeit, aber wehe dem Unvorsichtigen, der ihre Handhabung nicht versteht und ihr zu nahe kömmt: ihre eisernen Räder zermalmen ihn. Jene Gleichmäßigkeit beruht freilich zugleich auf einer Unvollkommenheit; es gibt keine Vorrichtung, die Maschine zu stellen, sie producirt immer nur dieselben sich aufs Haar gleichenden Stücke d. h. das Recht ist außer Stand sich den individuellen Zuständen und Bedürfnissen anzuschmiegen, die Gleichheit, die es erstrebt und bewirkt, ist eine rein mechanische, äußerliche, jene, von der es heißt: Summum jus, summa injuria. Nichts thut das Recht von selbst, sondern es wartet darauf, daß es durch den, der seiner bedarf, in Bewegung gesetzt werde, und zu dem Zweck ist nöthig, daß letzterer die Kraft und Geschicklichkeit dazu besitze und selbst mithandle. Thut er dies, so garantirt das Recht ihm andererseits die höchste Sicherheit des Erfolges, denn der Erfolg, die Anwendung des Rechts läßt sich so bestimmt und leicht berechnen, wie ein einfaches mathematisches Exempel; das Resultat desselben aber ist unumstößlich.

Der Gedanke, von dem das ganze Privatrecht durchdrungen ist, ist der der Autonomie des Individuums, die Idee, daß das individuelle Recht nicht dem Staat seine Existenz verdankt, sondern aus eigner Machtvollkommenheit existirt, seine Berechtigung in sich selber trägt. Das privatrechtliche Prinzip ist in den rechtlichen Abstractionen so auf die Spitze getrieben, daß es dem Staatsprinzip Hohn zu sprechen und der Gedanke der subjektiven Willensfreiheit sich zur Entfesselung der reinen sub-

jektiven Willkühr verirrt zu haben scheint. Die Vermittlung aber dieser abstracten subjektiven Ungebundenheit mit dem Interesse der Gemeinschaft und des Staats sowie mit der Sittlichkeit lag in der Sitte, in dem Charakter des Volks, den realen Zuständen des römischen Lebens. Nie hat es wohl ein Recht gegeben, in dem die abstracte Formulirung dessen, was geschehen konnte und durfte, sich so weit von dem, was wirklich geschah, entfernte, aber wo die Charakterstärke des Individuums sowie die Macht der öffentlichen Meinung dem Mißbrauch der Freiheit zu wehren vermag, kann letztere selbst in unbegränztem Maße verstattet werden. Das ganze römische Privatrecht aber und ebenso das Staatsrecht dieser Zeit ist getragen durch die Voraussetzung, daß der Inhaber einer privatrechtlichen oder öffentlichen Gewalt dieselbe würdig gebrauchen werde. Die Möglichkeit des schmählichsten Mißbrauches derselben ist an sich stets vorhanden, in der Macht der Beamten liegt z. B. die Möglichkeit, den Staat zum Stocken zu bringen, das Volk in der Ausübung seiner Souveränetät zu beeinträchtigen und zu hofmeistern, in der des Vaters, das Kind grundlos zu ermorden; aber das römische Recht geht von der Ansicht aus, daß die schärfsten Messer die besten sind, und daß man dieselben Männern, die damit umzugehn verstehn, getrost anvertrauen kann und nicht eines möglichen Mißbrauchs wegen sie abzustumpfen braucht. Jene Gewalten werden daher nicht durch das Recht selbst beschränkt, sondern dem Inhaber bleibt überlassen, je nach dem Bedürfniß des einzelnen Falls, sie in ihrer äußersten Wucht zur Anwendung zu bringen oder die durch Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Staatsinteresse u. s. w. gebotene Mäßigung aus freier Selbstbeschränkung zu beachten.

Das ganze Recht war auf die Römer der alten Zeit berechnet, sowohl hinsichtlich der Gewalt, die es gewährte, als hinsichtlich der Vorsicht und Sorgsamkeit, mit der man sich auf dem Gebiete des Rechts zu bewegen hatte. Ein anderes Geschlecht, eine andere Gesinnung, eine unerfahrene Hand, und

die Freiheit war Zügellosigkeit, die Sicherheit des Rechts Unsicherheit desselben. Mit dem siebenten Jahrhundert der Stadt tritt diese Wandlung ein, und wie das Maß römischer Kraft auf das der gewöhnlichen menschlichen Kraft herabsinkt, so accommodirt sich auch das Recht dieser Thatsache, läßt immer mehr von seinem streng römischen Charakter ab und nimmt einen allgemeineren, kosmopolitischen an.

Damit gelangen wir zum dritten System. Das zweite war seinem Inhalt wie seinen Formen nach auf Römer berechnet und auf sie beschränkt. Für den Verkehr mit Auswärtigen bildete sich allmählig ein internationales Recht aus, nicht gebunden an römische Formen, nicht unterworfen dem Rigorismus der starren römischen Consequenz und Einseitigkeit, aber auch nicht theilhaftig jener im römischen Recht liegenden Machtfülle. An diesem Recht vermochte sich eine freiere, geistigere Erfassung und Behandlung des Rechts ungehindert zu bethätigen, und in der Bestimmung desselben für den Weltverkehr lag die Aufforderung an die Jurisprudenz, sich bei der Ausbildung desselben der rein national römischen Eigenthümlichkeiten zu entschlagen, also vorher sich derselben bewußt zu werden. So ward dies Recht ein Spiegel der Selbsterkenntniß für das reine römische Recht und nachdem der Denationalisirungsprozeß des römischen Volks und in Folge dessen des Rechts selbst begonnen, auch Muster und Quelle für dasselbe.

Eiserne Willensstärke hatte das zweite System geschaffen und aufrecht erhalten, die Abnahme derselben führte den Untergang desselben herbei, und das dritte System läßt sich in dieser Beziehung als die Brandstätte römischer Größe und Herrlichkeit bezeichnen. Aber es ist in anderer Beziehung unendlich mehr als ein bloßes farbloses und mattes Residuum des nationalen Rechts; in dieser anderen Beziehung erscheint es nicht als eine Stufe, zu der man aus Mangel an Kraft hinab gefallen, sondern zu der man hinauf gestiegen ist. An die Stelle der moralischen Qualifikation des römischen Volks, die der

Hauptfaktor des zweiten Systems gewesen, tritt hier mit gleicher Bedeutung für die Schöpfung des dritten Systems die höchste intellektuelle Begabung. Auf den festen, unverwüstlichen Grundlagen, die ihr überliefert wurden, führte sie ein Meisterstück juristischer Kunst aus, wie die Welt dessen gleichen nicht kennt, ein Gebäude von solcher Vollendung und Festigkeit, daß noch beinah ein Jahrtausend später fremde Völker die verschloßenen Pforten desselben wieder öffnen, um hier ihre Lehr- und Gerichtssäle einzurichten.

Der Stoff zur Charakteristik dieses dritten Systems drängt in solcher Fülle, daß es unmöglich ist, das Wesentliche desselben in wenig Züge zusammenzudrängen, ein Mehres wäre aber an dieser Stelle, wo es uns nicht um eine concentrirte Anticipirung unserer Resultate, sondern nur um die Mittheilung unseres Planes zu thun ist, völlig ungeeignet, ein Minderes hingegen, weil es ein schiefes Bild gewähren würde, eher nachtheilig, als vortheilhaft. Mögen wir also vorläufig dies System als das supranationale oder freiere bezeichnen und der Darstellung selbst den Nachweis vorbehalten, in welchen Punkten dies System von den specifisch römischen Ideen sich entfernt und woran die geistig freiere Behandlung sich bethätigt hat.

Es wird schließlich noch die Bemerkung erlaubt sein, daß, wenn es uns gleich nur um die allgemeinen Charakterzüge des römischen Rechts zu thun ist, die Begründung unserer Urtheile stets ein Eingehen auf den concreten rechtshistorischen Stoff unentbehrlich macht. Ueberzeugt, daß abstracte Gesichtspunkte ohne eine gewisse stoffliche Schwere keinen rechten Eingang gewinnen, habe ich in letzterer Beziehung eher zu viel, als zu wenig gethan, und der Jurist, dem dieser Stoff bekannt ist, möge sich erinnern, daß dieses Werk zugleich für Laien bestimmt ist.

# Erstes Buch.

## Die Ausgangspunkte des römischen Rechts.

## Die Ausgangspunkte des römischen Rechts.

---

**Urzustände — Erinnerungsvermögen des römischen Volks — Ergänzung der Tradition durch Etymologie und Rückschlüsse vom spätern Recht.—**

VII. Die Urzustände der Völker, die ersten Anfänge der Rechts- und Staaten-Bildung haben ein sehr hohes culturhistorisches Interesse. Der Reiz, den sie auf den Historiker ausüben, und der ihn trotz aller Mühseligkeit der Aufgabe immer wieder zu ihnen zurückführt, ist derselbe, den das erste Erwachen des Geistes im Kinde für den Psychologen hat. Beide lockt zur Beobachtung dieselbe Aussicht, die Aussicht nämlich den schaffenden Weltgeist in seiner Werkstätte zu belauschen und in das Geheimniß des *Werdens* einzudringen. Aber die Lage des Historikers ist ungleich ungünstiger, denn während der Psycholog jenes Erwachen des Geistes täglich vor Augen hat, reicht das Erwachen aller historischen Völker in eine weite Vergangenheit hinauf, und aus Mittheilungen von sehr trügerischer und unvollkommner Beschaffenheit soll der Historiker sich erst die Kenntniß derselben entnehmen. Nicht die Kürze oder Länge der Zeit, die Reihe der Jahrhunderte oder Jahrtausende ist es, die dies Zurückgehen auf die historischen Anfänge leichter oder schwieriger macht, sondern die nach Verschiedenheit der Völker geringere oder höhere Treue und Stärke des nationalen Gedächtnisses.

Wie bei den Individuen so ist auch bei den Völkern das Erinnerungsvermögen, namentlich soweit es die Kindheitszeit zum Gegenstande hat, ein sehr verschiedenes. In manchen Völkern lebt treu und unverfälscht das Bild der vergangenen Tage fort; bei manchen andern hingegen stattet eine rastlos thätige Phantasie die Vergangenheit sofort mit poetischen Farben aus und verwandelt Geschichte in Dichtung; bei einem andern Volke endlich ist der Sinn so vorwiegend auf die praktischen Zwecke der Gegenwart gerichtet, daß sich bei dem Drange des thätigen Lebens die Kunde abgestorbner Zustände rasch verflüchtigt.

Von welcher Art war das nationale Erinnerungsvermögen des römischen Volks? Die Römer hielten freilich am Alten fest, und das Gedächtniß großer Thaten ging bei ihnen nie unter, aber zwei Umstände bewirkten dennoch, daß die Zustände ihrer Kindheit nur schwach in ihrem Gedächtniß fortlebten.[1]) Einmal nämlich ging ihre ganze Thätigkeit Jahrhunderte lang in den praktischen Zwecken der Gegenwart auf. Nun vertrug sich damit allerdings ihre hohe Achtung vor dem Hergebrachten; was lebte, genoß der kräftigsten Gesundheit bis ins höchste Alter hinein, allein war es dem Leben einmal völlig abgestorben, so ward es bald vergessen. Auch bei den noch geltenden Institutionen pflegte man wenig nach deren historischer Entstehung und Entwicklung zu forschen. Ein anderer Grund liegt in dem Charakter der ältesten römischen Geschichte. Wenn die Kindheitszeit eines Volkes in idyllischer Stille und Gleichmäßigkeit dahin fließt, dann mag die Erinnerung, wie im glei-

1) Huschke, in der Vorrede zu seiner Verfassung des Servius Tullius S. VII u. fl. gelangte zu einem andern Resultat. In seinen Augen besaß das römische Volk „eine zusammenfassende Gewalt und Macht des Volksgeistes, welche auch die fernsten Zeiten seiner Kindheit stets in der Einheit des gegenwärtigen Bewußtseins festhält, weßhalb er auch wegen seines Hängens am Alten so sehr gepriesen oder getadelt wird." Ich bedauere auf die gediegene Begründung Huschkes nicht näher eingehn zu können, die beiden im Text hervorgehobenen Gründe werden aber durch dieselbe nicht getroffen.

chen Fall beim Individuum, noch lange ein getreues, wenn auch etwas idealisirtes Bild derselben bewahren. Anders hingegen, wenn jene Zeit in einem unstäten, wechselvollen Treiben, in innern und auswärtigen Kämpfen verläuft, wenn ein Eindruck den andern verdrängt, und vor allem wenn die Bevölkerung selbst noch nicht zur compakten Festigkeit gediehen ist, sondern durch beständig neue Zuflüsse von außen sowie durch das Fluctuiren und Drängen ihrer verschiedenen Schichten lange im Fluß erhalten wird. Das ist aber gerade in der ältesten Geschichte Roms der Fall. Kämpfe im Innern und nach außen hin, Gegensätze in Abstammung, Recht und Bestrebung bezeichnen bereits das erste Blatt dieser Geschichte, und Jahrhunderte vergehen, bis die Elemente des römischen Volks zur Einheit eines Subjekts verschmolzen sind. Für dieses Subjekt ist jene Periode des Bildungsprozesses gewissermaßen eine Vorzeit, die es selbst nicht erlebt hat, und in der es sich fremd fühlt. Dem römischen Volke der Republik erschien das ganze Königthum in einem entstellten Lichte, und erst die Republik bezeichnete in seinen Augen den Anfang einer neuen Aera, von der an es sich und seine Freiheit datirte. Das Verhältniß der spätern Jahrhunderte zu der Königszeit ließe sich etwa vergleichen mit dem des Protestantismus zu seiner Vorzeit, dem mittelalterlichen Katholicismus. Der Masse der Protestanten wird der mittelalterliche Katholicismus als etwas fremdes erscheinen, das für sie keine Beziehungen hat; ihr confessionelles Interesse und Gedächtniß beginnt erst mit der Reformation.

Dürftig ist also die Kunde der spätern Zeit von den Urzuständen Roms, und manche von ihren dürftigen Mittheilungen tragen die offenbaren Spuren der Erfindung oder entstellender Auffassung an sich. Die neuere historische Kritik hat dies aufs schlagendste nachgewiesen und zugleich den Beweis geführt, daß man zu haltbaren positiven Resultaten gelangen kann, die den römischen Geschichtschreibern entgingen. Ist gleich das historische Material, das unserer heutigen Wissenschaft zu Gebote

steht, ungleich geringer als das der römischen Geschichtschreiber, so ist doch die Methode der Benutzung desselben eine andere, der historische Blick ein schärferer geworden.

Indem wir nun, was die älteste Geschichte Roms anbetrifft, auf jenen positiven Resultaten der heutigen Wissenschaft fußen, beschränken wir unsere eigne Untersuchung lediglich auf das Recht der ältesten Zeit. Daß manche der Ansichten, zu denen sie uns führen wird, nur den Werth von mehr oder minder wahrscheinlichen Vermuthungen haben, gestehe ich bereitwillig ein, und Mißtrauen ist hier gewiß mehr am Platz, als Leichtgläubigkeit. Allein andererseits bin ich von der Möglichkeit einer der Auffassung der Römer gegenüber sich selbständig verhaltenden Forschung völlig durchdrungen, ja ich bin überzeugt, daß manche der auf diesem Wege gefundenen Resultate einen höhern Grad historischer Sicherheit in Anspruch nehmen können, als wenn sie uns durch sämmtliche römische Gewährsmänner bezeugt wären. Dies gilt namentlich von den Rechtsanschauungen der Urzeit, deren wir uns mit Hülfe der Etymologie bemächtigen können. Die Etymologie ist eine der beredsten und zuverlässigsten Quellen über die primitiven Anschauungen der Völker; was längst im Leben abgestorben, was aus der Erinnerung des Volks völlig verschwunden, das bewahrt sie noch der Wißbegier kommender Zeiten auf. Sie ist eine Darstellung der Urzustände in einer Hieroglyphen-Schrift, zu der vielleicht erst nach Jahrtausenden der Schlüssel gefunden wird. Die Römer verstanden den historischen Schatz, der in ihrer Sprache aufbewahrt war, nicht zu heben, die Geheimschrift, in der die Denk- und Sinnes-Weise ihrer Vorfahren zu ihnen sprach, nicht zu enträthseln, während uns heutzutage der Zugang zu diesem Schatze offen steht. Es ist vor allem das Erwachen des Sanskritstudiums und einer auf dieser Grundlage sich stützenden Sprachvergleichung, das den auf eine spezielle Sprache gerichteten etymologischen Untersuchungen erst die wahre Fruchtbarkeit und Sicherheit verliehen hat und allen historischen Wissen-

schaften eine Perspective öffnet von der man vorher keine Ahnung hatte. Auch die Geschichte des Rechts wird ihren Antheil daran bekommen, und schon jetzt, wo jenes Studium erst seit kurzer Zeit betrieben ist, wird es möglich, einige Früchte desselben für unsere speziellen Zwecke zu verwenden.

Ein anderer Punkt, in dem das Uebergewicht unserer heutigen Wissenschaft über die Römer gleichfalls zweifellos ist, betrifft das Recht selbst; es ist der Sinn für die historische Entwicklung desselben, die Kenntniß seiner Erscheinungsformen, seiner historischen Natur u. s. w. So groß die römischen Juristen als Dogmatiker waren, so besaßen sie doch gar keinen Sinn für die historische Entwicklung des Rechts. Wenn aber die Römer es versäumten, das rechtshistorische Material, das sie uns mittheilen, zu benutzen, so können wir das Versäumniß nachholen und dürfen die Zuversicht hegen, daß eine sorgsame Beobachtung uns selbst bei Dürftigkeit des Materials zu neuen Entdeckungen verhelfe. So kann uns namentlich auch das spätere römische Recht für die Kenntniß des ältesten ergiebig werden. Wie in der Sprache, so dauern auch im Recht nicht selten Nachklänge einer Vergangenheit fort, die dem Gedächtniß des Volks längst entschwunden ist.[2]) Auch ohne historisches Zeugniß sind wir im Stande, sie als solche Nachklänge zu bezeichnen, gestützt nämlich theils auf historische Analogieen, theils auf den innern Gegensatz, oder, um im Bilde zu bleiben, auf das irrationale Verhältniß, in dem diese Nachklänge zum herrschenden Ton-

2) Es ist wunderbar, wie lange sich namentlich gewisse Gebräuche, symbolische Geschäfte u. s. w. noch erhalten können, nachdem sie ihre eigentliche Bedeutung verloren haben. Es ist z. B. zweifellos, daß noch heutzutage bei uns manche Gebräuche fortdauern, die sich aus der Heidenzeit herschreiben, ja nach der ihnen zu Grunde liegenden ursprünglichen Idee auf die frühere Gemeinschaft der indogermanischen Völker hinweisen. S. z. B. die Abhandlung von Kuhn über Wodan in der Zeitschrift für deutsches Alterthum von Haupt B. 5 S. 472. Ein hiesiger College und Freund von mir wird nächstens in einer Vergleichung der Hochzeitsgebräuche der indogermanischen Völker einen neuen, überraschenden Beitrag geben.

system stehen. Auch im römischen Recht der Republik haben sich einzelne Spuren erhalten, die offenbar aus ganz andern Anschauungen hervorgegangen sind, als denen das Recht der Republik seinen Ursprung verdankt, die wie einzelne erhaltene Punkte einer Peripherie auf ein bestimmtes Centrum der gesammten Rechtsauffassung hinweisen. Werden nun diese Anzeichen verstärkt durch ähnliche Andeutungen der Etymologie, verweisen beide uns endlich auf Ausgangspunkte des Rechts, die sich erfahrungsmäßig als die gewöhnlichen darstellen und als vernünftige begreifen lassen, dann dürfen wir mit einiger Sicherheit diesen Spuren folgen und die Behauptung wagen: von jenen Ausgangspunkten aus hat sich das römische Recht entwickelt, jenes primitive System der Rechtsanschauung hat einmal existirt, selbst wenn das römische Volk der historischen Zeit sich desselben nicht mehr erinnert. Wann, wo und wie lange es existirt hat, das läßt sich freilich nicht angeben, aber man bescheide sich zu wissen, daß das römische Recht sich von dieser Grundlage aus emporgehoben hat.

Wir werden jetzt im folgenden

1. Die Entstehung des römischen Rechts nach der Sage, so zu sagen, die römische Kosmogonie des Rechts einer Kritik unterwerfen; sodann
2. Die historisch nachweisbaren Ausgangspunkte oder die ursprünglichen Elemente dieses Rechts und
3. Das Verhalten des römischen Geistes zu diesen vorgefundenen Ausgangspunkten zu ermitteln suchen.

### Die römische Kosmogonie des Rechts — das Charakteristische derselben für die römische Vorstellungsweise.

VIII. Der Anfang Roms ist nach der Sage der Zustand der Wildheit und Gesetzlosigkeit. Die Gründer Roms sind Räuber und Abentheurer, die von den Ihrigen ausgestoßen sind oder einem zügellosen Leben zu Liebe sich von ihnen losgerissen haben, Götter und Familie daheim lassend und nichts mitbringend,

als ihren Arm und ihr Schwert. Sie sind ein Aggregat von Individuen, von Atomen, durch nichts vereinigt als durch ihren wilden Sinn und den gemeinsamen Zweck des Raubens. Nicht einmal Frauen bringen sie mit, und die benachbarten Völker, denen sie ein Gräuel sind, weisen mit Hohn und Entrüstung die Zumuthung zurück, ihnen ihre Töchter zur Ehe zu geben. Aber was ihnen nicht gegeben wird, nehmen sie sich. Sie laden ihre Nachbarn zur Feier von Spielen ein, überfallen dann die Gastfreunde, deren Verletzung nach den Begriffen des Alterthums eins der frevelhaftesten Verbrechen war, und rauben ihnen die Töchter. Ihr Anführer Romulus, den die Sage zu den Göttern erhebt, geht ihnen mit gutem Beispiel voran; Brudermord verschafft ihm die Alleinherrschaft. Die Sage scheint an dieser Unthat keinen Anstoß zu nehmen; letztere geht, möchte man sagen, noch auf Rechnung des ursprünglichen Zustandes der Wildheit und Willkühr, dem aber bald durch Romulus selbst ein Ende gemacht wird.

Als die einzigen Bindemittel des bunten Haufens werden Ordnung und Recht zur Herrschaft gebracht, [3]) und zwar lehnen sie ihrerseits sich auf die königliche Gewalt, die Romulus zu dem Zweck mit äußerm Glanz und Ansehn ausstattet, [4]) und welcher er einen Senat mit berathender Stimme zur Seite stellt. Nachdem nun der Staat eingerichtet, folgt dem Raube der Sabinerinnen die Gründung des Hausstandes und der Familie und durch die Vermittlung dieser Familienbande eine Verbindung mit einem organisch gegliederten Volke.

---

3) Liv. I. c. 8 . . . multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat.

4) Liv. ibid. . . . jura, quae ita sancta . . . fore ratus, si se ipse venerabilem insignibus imperii fecisset, quum cetero habitu se augustiorem tum maxime lictoribus duodecim sumtis fecit. Bei seinem Rückblick auf die Königszeit in Lib. II. c. 1. bezeichnet Livius die königliche Gewalt als die Trägerin oder das Lebensprinzip des ältesten Staats und frägt, was aus Rom geworden sein würde, wenn jener Haufe von Abentheurern nicht durch die Furcht vor dem König im Zaum gehalten worden wäre.

Der Staat und die Familie waren gegründet, und jetzt kam die Reihe an die Religion. Romulus gedachte zwar schon der Götter, aber seine Hauptthätigkeit war doch dem Staate zugewandt. Sein Nachfolger Numa, den nach der Sage der Ruf seiner Gottesfurcht und Gerechtigkeit auf den Thron brachte, erscheint als der Repräsentant des religiösen Prinzips. Er beschränkt seine Sorge aber nicht auf das rein Gottesdienstliche, auf Einführung von neuen Göttern und die Regulirung des Cultus, sondern seine Absicht war auch darauf gerichtet „die mit Gewalt und Waffen gegründete Stadt von neuem zu gründen durch Gesetz und Sitte", [5]) und er erreicht sie, indem er auch seinen weltlichen Einrichtungen eine religiöse Weihe verleiht, auch sie als Eingebungen der ihm befreundeten Nymphe Egeria bezeichnet.

Jetzt blieb nichts mehr übrig als das Völkerrecht, und als Repräsentant dieser Seite des Rechts tritt in der Sage der vierte König Ancus Martius auf. [6]) Bemerkenswerth ist dabei aber, daß die Sage, die alles übrige in Rom entstehen läßt, hier die Entlehnung von einem fremden Volke zugesteht.

Dies ist in wenig Zügen die Entstehungsgeschichte des Rechts, wie sie dem römischen Volke der spätern Zeit als die natürliche erscheint. Denn daß die Sage den Ausdruck der volksthümlichen Denkweise enthält, daß sie, auch wenn sämmtliche Fakta, die sie berichtet, unhistorisch sind, dennoch psychologische Wahrheit enthält, bedeutungsvoll ist für die ganze Denk- und Sinnesweise des Volks das braucht heutzutage nicht mehr gesagt zu werden. So ist auch die römische Sage in dieser Beziehung sehr charakteristisch, was wir an einigen Zügen nachweisen wollen.

---

5) Liv. I. c. 19.

6) Liv. I. c. 32. Ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae ceremoniae proderentur, nec gererentur solum, sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, jus ab antiqua gente Aequicolis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.

Gewöhnlich liebt es die Sage, die Bildungen einer relativ spätern Zeit in eine weite Ferne, in eine dunkle, ungekannte Vorzeit zu verlegen, das Menschenwerk und natürliche Erzeugniß einheimischer Geschichte als das Geschenk der Götter hinzustellen und die älteste Zeit als das goldne Zeitalter zu bezeichnen, in dem die Götter selbst unter den Menschen wandelten. Aber von alle dem findet sich in der römischen Sage nichts. Rom selbst hat keine Vorzeit gehabt, die der Sage als mystischer Hintergrund diente, Rom bildet den Rahmen, der die ganze römische Welt einschließt.[7]) Alles, was Rom ist, erwirbt und leistet, verdankt es sich selbst und seiner Kraft; alles wird gemacht und organisirt, in allem ist Planmäßigkeit, Absicht, Berechnung. Nichts bildet sich von selbst, nicht einmal die Gentes, die doch das unmittelbarste Produkt des natürlichen Wachsthums der Familien sind, nicht das Recht, das doch größtentheils aus der Sitte hervorgeht. Nichts wird von außen entlehnt mit Ausnahme des Völkerrechts; Staat, Recht, Religion, alles producirt Rom aus sich heraus.

Dies ist also ein Grundzug der römischen Anschauung: Rom hat nichts von außen entlehnt, und was in Rom sich gebildet hat, das verdankt Rom sich selbst und ist mit Bewußtsein und Absicht eingerichtet.

---

7) Ein interessantes Seitenstück zu dem folgenden giebt uns auch der religiöse Mythus in seiner Sage von der Entwendung der Kühe des Herkules (Liv. I. c. 7). Es ist dies nichts, als die indische Sage von den Kühen des Indras, und der in letzterer vorkommende Sarameyas der griechische *Ἑρμείας*, *Ἑρμῆς*, wie Kuhn in der Zeitschrift für deutsches Alterthum von Haupt B. 6 S. 118 u. f. trefflich nachgewiesen hat, aber Griechen wie Römer verlegen jene Sage, mit der Kuhn auch die altgermanische Mythologie in Beziehung gesetzt hat, nach ihrer eignen Heimath. Die vergleichende Mythologie der indogermanischen Völker wird gewiß noch in einer Menge von religiösen Mythen und Gebräuchen die ursprüngliche Gemeinsamkeit jener Völker nachweisen, die letztern selbst so sehr entschwand, daß sie jenes gemeinsame Besitzthum als etwas ihnen ganz eigenthümliches betrachteten und es in ihren Traditionen daheim entstehen ließen.

So muß denn auch die Geschichte in Rom gewissermaßen von neuem beginnen, den langen Weg von der natürlichen Wildheit eines vorstaatlichen Zustandes, dem atomistischen Nebeneinanderstehen der Individuen bis zur Bildung eines Volks und Staats und zur Gesittung und Religion hier von vorne zurücklegen. Selbst die Familien müssen sich erst in Rom bilden; Rom erhält zur Aussteuer nichts als Männer, die auf der Anfangsstufe der Geschichte stehen, Schiffbrüchige, die in sittlicher Beziehung nackt ans Land getrieben werden, also so gut sind als wären es die ersten Menschen, die die Natur producirt hat. Sie haben keine Vergangenheit, gehören nicht einem und demselben Volke an, sondern sind von allen Ecken zusammengelaufen, bringen kein gemeinsames Recht, keine gemeinsamen Götter mit, keine Scheu vor alle dem, was den damaligen Völkern werth und heilig war, und werden daher auch von diesen wie ein Auswurf der Menschheit betrachtet.

Die erste Scene also in dieser Kosmogonie der römischen Welt ist die absolut erste Stufe der Geschichte überhaupt, die Herrschaft der Willkühr und Gewalt.

Sodann folgt als zweite Scene die Entstehung der Gemeinschaft, eine Verbindung zu räuberischen Zwecken und aufrecht erhalten durch Gewalt oder militärische Disciplin, aber doch bereits der Anfang des Staates. Dazu gesellt sich die Familie, die Consolidirung des Königthums und die Verbindung mit einem andern Volk.

Erst jetzt erscheint mit Numa Religion und Sittlichkeit. Die Ruhe nach außen hin ist gesichert, im Innern sind die Bedingungen des äußern Lebens gewährt, die wilde Thatkraft kann feiern, und so ist denn der Zeitpunkt gekommen, wo die sittliche Erziehung des Volkes beginnen kann. Noch einmal zwar unter Servius Tullius wacht die alte Wildheit wieder auf, aber sie wendet sich nach außen hin, und sein Nachfolger, der Repräsentant des Völkerrechts, gibt ihr legale Formen, völkerrechtliche Schran-

ken, und weiß den Geist der Numaischen Zeit wieder lebendig zu machen.

Damit schließt die Schöpfungsgeschichte der römischen Welt, denn was nachher geschieht, betrifft nur Veränderungen des bereits vorhandenen. Sie hat darin eine gewisse Aehnlichkeit mit der alttestamentlichen Kosmogonie, daß sie in kurzer Zeit aus einem Nichts oder einem Chaos heraus jene ganze Welt hervorgehen und auch die einzelnen Theile derselben hintereinander und abgesondert, wie an jenen biblischen Schöpfungstagen, zur Existenz gelangen läßt. Die Reihenfolge hat etwas charakteristisches. Daß das Chaos, jener Zustand des individuellen Treibens und der Willkühr den Anfang, das Völkerrecht aber den Beschluß macht, ist durchaus in der Ordnung. Aber bezeichnend ist, daß die Religion erst nach dem Recht erscheint, denn hier ist die historische Ordnung, wornach das Recht ursprünglich einen religiösen Charakter hat und erst später einen profanen Charakter annimmt, geradezu umgekehrt. Es ist diese Erscheinung bereits von andern [8]) als merkwürdig bezeichnet, und ich bin geneigt, sie als Ausdruck der römischen Sinnesweise zu betrachten, wornach der Staat die erste, die Religion die zweite Stelle einnahm.

Schon an dieser Umstellung einer nach aller historischen Erfahrung durchaus constanten Ordnung verräth sich, daß in der Bildungsgeschichte der römischen sittlichen Welt etwas gemachtes ist, und dasselbe ergibt sich auch aus andern Gründen. Niebuhrs bekannte Untersuchungen überheben uns der Mühe, auf das einzelne einzugehen, und es genügt hier, im allgemeinen auf die innere Unwahrscheinlichkeit der römischen Sage aufmerksam zu machen. Indem letztere von dem Bestreben ausgeht, den

---

8) z. B. Hegel Philosophie der Geschichte S. 361: „Dieser Zug ist dadurch sehr merkwürdig, daß die Religion später als die Staatsverbindung auftritt, während bei andern Völkern die religiösen Traditionen schon in den ältesten Zeiten und vor allen bürgerlichen Einrichtungen erscheinen."

den Anfang Roms so winzig wie möglich zu machen, damit die spätere Größe desselben dagegen einen um so ehrenvolleren Contrast bilde, stellt sie die ursprüngliche Bevölkerung als eine durch nichts verbundene Masse einzelner Individuen dar und gibt letzteren die moralische Ausstattung von „ersten Menschen.“ Ist dies denn denkbar? Hatte denn nicht jeder, der Rom mit erbauen half, bereits einem geordneten Gemeinwesen angehört, brachte er von dort nicht bereits eine historische Ausstattung mit oder hätte er seine Götter, seine Rechtsbegriffe, seine ganze sittliche Ausbildung von sich werfen und sich wieder zum wilden Thiere machen können? Und unter diesen Räubern und Mördern hätte sich in kürzester Zeit ein Recht bilden oder vielmehr Romulus hätte nach seinem Belieben ein Recht machen sollen, das aber sofort trotz der disparaten Zusammensetzung der Bevölkerung und trotz ihrer Zügellosigkeit die Macht und den Einfluß eines angestammten, ererbten Rechts ausgeübt hätte? Hegel, der im übrigen das Wesen des römischen Geistes treffend aufgefaßt hat, hat sich freilich zu dieser Annahme entschlossen. Er läßt „den Geist der strengen Gesetzlichkeit der Römer aus jener Entstehung aus der ersten Räubergesellschaft“ hervorgehn, denn „diese Stiftung des Staates führte unmittelbar die härteste Disciplin mit sich, sowie die Aufopferung für den Zweck des Bundes.“ Rom ist ihm „etwas von Hause aus Gemachtes, Gewaltsames, nichts Ursprüngliches,“ und das römische Leben nimmt seinen Anfang „in verwilderter Roheit mit Ausschluß der Empfindungen der natürlichen Sittlichkeit.“[9]) Das Recht wäre hiernach gewissermaßen ein Zaum, der einem wilden, unbändigen Thiere angelegt würde, nicht etwas dem Subjekt selbst eignes, der Staat aber ein Käfig, aus dem das Thier nur entlassen wäre, um unter Aufsicht seines Bändigers bei den Nachbarn zu wüthen und plündern. Ohne in dieser Auffassung ein gewisses Moment der Wahrheit, auf das wir an einer spätern

9) S. Hegels Philos. der Geschichte S. 344, 346, 348, 351.

Stelle zurückkommen werden, zu verkennen, — es ist nämlich die Anknüpfung des strengen Gesetzlichkeitssinnes an die militärische Disciplin, — müssen wir dennoch diese der Sage zu Liebe angenommene Entstehung des Rechts und Staats aus einem sittlichen Sumpfe heraus entschieden bestreiten. Die römische Sage will den Römern den Ruhm vindiciren, mit nichts angefangen und alles aus sich heraus producirt zu haben; darum existirt beim Beginn der römischen Geschichte keine Nationalität, keine Religion, kein Recht. Das wahre Sachverhältniß aber ist das, daß alles dies bereits vor Rom vorhanden war, und daß sich die Gründer Roms etwa mit Auswanderern vergleichen ließen, die eine Gemeinschaft, in der sie bereits daheim standen, anderwärts fortsetzen und ihre Familien und ihr Besitzthum, ihre Religion und ihre Einrichtungen mitbringen. Mochten immerhin noch so viele einzelne Individuen nach Rom ziehen, mochte Rom wirklich ein Asyl sein, zu dem Verbrecher von weither ihre Zuflucht nahmen: es gab jedenfalls einen festen Kern der Bevölkerung, einen Stamm, an den sich jene atomistischen Bestandtheile anschlossen, und dem sie sich assimilirten. Dieser Kern war der Träger der ererbten Einrichtungen, er sicherte dem Staate und seinen Institutionen die Festigkeit, die sie gleich von vornherein genossen. Die römische Rechts- und Staatsbildung ist also, mit dem Kunstausdruck bezeichnet, keine primäre, sondern eine sekundäre d. h. sie erfolgt auf Grundlage und aus den Mitteln bereits vorhandener Bildungen, Rom bringt von vornherein eine historische Mitgift mit. In seinem Rechte, in seiner Sprache kommen Reminiscenzen einer weit über Rom hinausreichenden Vergangenheit vor, finden sich, möchte ich sagen, Spuren eines antediluvianischen Systems, einer Entwicklung des Rechts, deren Anfänge und Fortgänge längst vor Rom fallen, und deren Resultate die Grundlage abgeben, auf der Rom weiter fortbaut. Diese historische Mitgift, die Rom bei seinem Eintritt in die Welt miterhält, wollen wir jetzt zu bestimmen, den Weg, den die Rechtsentwicklung zurückgelegt hatte, bevor sie in Rom an-

langte, zu entdecken suchen. Wenn die Erinnerung daran sich auch im Gedächtniß des Volks verloren hat, so finden sich doch, wie bereits im vorigen Paragraphen angegeben, im geistigen Besitzthum der spätern Zeit, dem Recht wie der Sprache, noch Versteinerungen aus jener frühern Zeit. Auch wir werden wie die Sage zu den ersten Anfängen des Rechtes zurückgehen und mit ihr gleichen Schritt halten, indem wir nämlich an die Stelle jener vier Abstufungen in der Bildungsgeschichte des Rechts, die sie uns vorführt, dem vorstaatlichen Treiben der Individuen, der Bildung des Staats, dem Auftreten der Religion, der Annahme des Völkerrechts drei Prinzipe setzen werden, nämlich das Prinzip des subjektiven Rechts, jener ersten Stufe entsprechend, das Prinzip der Familie und der Wehrverfassung, mit seiner staatsbildenden Kraft der zweiten Stufe correspondirend, und sodann das religiöse Prinzip, welches mit der dritten zugleich jene vierte Stufe in sich schließt, indem nämlich das Völkerrecht unter dem Schutze desselben steht.

## Die Ausgangspunkte oder die Urelemente d. röm. Rechts.

### Das Minimum geschichtlicher Anfänge.

IX. Weit, unendlich weit ist die Kluft, die uns mit unserer modernen Rechtsauffassung von jenen ersten Anfängen der Rechts- und Staatsbildung trennt, zu denen wir uns jetzt zurückversetzen wollen. Nicht den Abstand der Zeit meine ich, obgleich auch er ein gewaltiger ist, denn jene ersten Anfänge fallen weit über Rom hinaus, sondern ich meine den Gegensatz in der Rechtsanschauung, und dieser ist ein so bedeutender, daß es uns Mühe kostet, uns ganz in die der Kindheitszeit des Rechts hineinzudenken und sie begreiflich und natürlich zu finden. Mögen wir nie vergessen, daß das, was uns jetzt als natürlich und vernünftig erscheint, nur das Produkt eines langen und mühsamen Prozesses ist. Ohne die Kenntniß der Geschichte würden wir nicht wissen, daß Rechtsanschauungen, die uns

sonst als ewiges Eigenthum der menschlichen Vernunft erscheinen könnten, in der That nichts sind, als Resultate jenes Prozesses. Und es sind dies gerade solche, die in der heutigen Zeit im Niedrigsten wie im Höchsten lebendig und das Gemeingut aller Völker sind. Daß der Mensch als solcher Rechtssubjekt ist, nicht bloß der Bürger, daß die Kriegsgefangenschaft keine Sklaverei begründet, daß die Selbsthülfe der Rechtsordnung widerstreitet, daß der Staat etwas anderes, höheres ist, als die Summe der Individuen, andere Aufgaben und andere Mittel hat, als die letzteren zukommen, vor allem aber die Aufgabe, Recht und Gerechtigkeit bis in die kleinsten Kreise hinein zu verwirklichen — diese Sätze sind unserer heutigen Auffassung so zu eigen geworden, daß wir kaum begreifen, wie hinsichtlich ihrer je eine Abweichung möglich gewesen ist. Darin aber offenbart sich so recht der riesige Fortschritt der Geschichte, daß die folgenreichsten Wahrheiten, zu denen sich in früherer Zeit kaum der kühnste Flug hervorragender Geister erhob, aus jener, möchte ich sagen, Schnee- und Eisregion, in der sie Jahrtausende unzugänglich und verborgen lagen, in die tiefsten Niederungen hinabgewälzt und Gemeingut der Gebildeten wie der Ungebildeten geworden sind. In diesen einfachen Wahrheiten steckt ein ganz anderer Werth und eine viel mühsamere Arbeit des menschlichen Geistes, als in allen jenen Erfindungen und Entdeckungen, die den Stolz unseres Jahrhunderts bilden, und wollte man die Fortschritte zusammenstellen, die unsere Zeit vor den ersten Anfängen der Cultur oder auch nur vor der Cultur des Alterthums voraus hat: in meinen Augen verdienten jene einfachen Wahrheiten obenanzustehn. Alle Schätze der Wissenschaft kommen gegen den Werth solcher dem Volke eingeimpfter und darum unvergänglicher und das Leben gestaltender Wahrheiten gar nicht in Betracht. Die Wissenschaft kann steigen und fallen und mit ihr gehen die Schätze unter, die sie angesammelt hat, aber die einfachen, grandiosen Wahrheiten, deren sie sich einmal zu Gunsten des Volks entäußert hat, dauern fort als unvergängliches

Resultat ihrer Arbeit. Der eine Satz, daß der Mensch als solcher Rechtssubjekt ist, — ein Satz, zu dem das römische Recht sich praktisch niemals erhoben hat — wiegt für die Menschheit mehr, als alle Triumphe der Industrie, und dieser eine Satz schon bezeichnet einen Fortschritt des heutigen Rechts gegen das römische, gegen den die Ueberlegenheit des letztern hinsichtlich der technischen Vollendung ganz in den Schatten tritt. Um diesen Satz zu verwirklichen, hat die Geschichte Jahrtausende arbeiten müssen; Millionen Menschen haben in Sklaverei geseufzt, ganze Völker sind vom Erdboden vertilgt und haben mit ihrem Blute den Boden düngen müssen, dem jene einfache Wahrheit entsprossen ist.

Warum diese Betrachtung? Um eine Warnung eindringlich zu machen, die wir für den ganzen Verlauf der folgenden Untersuchung nie außer Acht lassen dürfen, nämlich nie zu vergessen, daß Rechtsanschauungen, die allen heutigen Völkern gemeinsam sind und uns als Ausflüsse der reinen Vernunft erscheinen, in der That nur das Ergebniß der Geschichte sind. Gerade bei solchen Ansichten, von deren Natürlichkeit und Nothwendigkeit jeder so durchdrungen ist, daß er sich gar nicht die Möglichkeit des Gegentheils denkt, ist diese Warnung am ersten erforderlich.

Die Geschichte beginnt mit unendlich schwachen Keimen. An der Stelle, wo später ein zahlreiches Volk sich bewegt, und über demselben ein mächtiges Staatsgebäude sich wölbt, hat es zu irgend einer Zeit nichts gegeben, als Individuen, Familien, auf deren Gemeinschaft sich der Name Staat nicht anwenden läßt. Und doch ist diese Gemeinschaft zweifellos der Keim des spätern Staats und Rechts gewesen, und es muß sich, da die Geschichte sowenig wie die Natur Sprünge kennt, der Staat allmählig aus ihr entwickelt haben. Wie ist dies geschehen? Die heutige Wissenschaft scheint uns diese Frage zu verwehren, denn ihr zufolge beginnt Recht und Geschichte erst mit dem Staat. Wir dürften uns also hinsichtlich unserer Aufgabe be-

scheiden, den römischen Staat und das römische Recht als fertige Thatsachen entgegenzunehmen und wir brauchten oder richtiger wir dürften gar nicht die Frage aufwerfen, wie sich beide von jenem ersten Keim aus entwickelt hätten. Ließe sich auf jene Frage nur mit vagen Muthmaßungen antworten, deutete keine Spur den Weg an, den die Geschichte, um vom Individuum zum Staat zu gelangen zurückgelegt hat, dann wäre die Abweisung jener Frage durchaus gerechtfertigt. Wenn es sich aber entgegengesetzt verhält — und ich glaube, daß dies hinsichtlich des römischen Rechts der Fall ist — warum mit einem solchen Lehrsatz der Wißbegierde entgegentreten, warum nicht die Gelegenheit benutzen, die Wurzeln des Baumes, die ein glücklicher Zufall entblößt hat, kennen zu lernen? Staat und Recht sind nicht über Nacht und auf geheimnißvolle Weise zur Welt gekommen, wir können nicht einen bestimmten historischen Moment bezeichnen, wo der Staat anfienge, und vor dem ein rechtloser Zustand existirt hätte. Wenn Recht und Staat nicht im Individuum ihren innerlichen Grund hätten, wenn nicht schon jede dauernde Gemeinschaft von Individuen eine rechts- und staatsbildende Kraft in sich trüge: woher wäre denn Recht und Staat in die Welt gekommen? Können wir also diese Abstammung des Rechts und Staats aus der Gemeinschaft der Individuen irgendwo noch erkennen: warum unsere Augen verschließen? Und wo wir sie nicht mehr erkennen können: warum uns da nicht bewußt werden, wie weit Staat und Recht hier von jenem nothwendigen Ausgangspunkt sich bereits entfernt haben? Ich meine, daß jede Rechtsgeschichte damit beginnen sollte, sich dieser Entfernung bewußt zu werden und zu versuchen, ob sie noch die Verbindungslinie zwischen Staat und Recht, wie sie ihr in der Geschichte zuerst entgegentreten, auf der einen Seite und dem Individuum oder der Gemeinschaft der Individuen auf der andern Seite erkennen kann; nicht mit der Idee ans Werk gehn, daß nur der fertige Staat sie interessiren dürfe,

sondern mit der Idee, daß es irgend einmal keinen Staat gegeben habe.

Mit dieser Idee wollen wir an unsere Aufgabe treten, also hinsichtlich des ältesten römischen Staats und Rechts uns bewußt zu werden suchen, wie weit sie sich bereits von jenem absoluten Ausgangspunkt der Geschichte, dem Individuum oder der Gemeinschaft der Individuen entfernt haben, und in welchen Punkten sie noch die Spuren dieses Ausgangspunktes an sich tragen. Mögen uns dabei Mißgriffe unvermeidlich sein: ich halte es für richtiger und lehrreicher, von der Voraussetzung auszugehn, daß die Geschichte mit unendlich wenig angefangen habe, und demgemäß den Versuch zu machen, die ersten Gebilde, die innerhalb ihrer für uns sichtbar werden, an ein sittliches Minimum anzuknüpfen, als sich mit der gegebenen Thatsache des Staats und Rechts zu beruhigen und unter dem Einfluß einer gereiften Rechts- und Staatsverfassung den sittlichen Gehalt jener Bildungen zu überschätzen — ein Fehler, den man sich dem älteren römischen Recht gegenüber vielfältig hat zu Schulden kommen lassen.

Was nun den Plan der folgenden Darstellung anbetrifft, so ordne ich den Stoff, den die Geschichte uns hinsichtlich des ältesten Rechts darbietet, nach drei Gesichtspunkten oder Prinzipien und werde versuchen Rechenschaft darüber zu geben, was jedes derselben zu dem Bau der römischen sittlichen Welt beigesteuert hat. Es sind dies jene bereits im vorigen Paragraphen erwähnten Prinzipien, nämlich:

I. Das des rein subjektiven Rechts, beruhend auf der Idee, daß das Individuum den Grund seines Rechts in sich selber, in seinem Rechtsgefühl und seiner Thatkraft trägt und hinsichtlich der Verwirklichung desselben auf sich selbst und seine eigne Kraft angewiesen ist. Diese Idee ist in meinen Augen der durch Rückschlüsse zu ermittelnde, äußerste Ausgangspunkt des römischen Rechts, und die beiden folgenden Prinzipien haben jene

Idee nicht verdrängt, sondern bauen auf dieser Basis fort. Der gesellschaftliche Zustand, den diese Idee hervorruft, ist nichts weniger als jener erträumte vorstaatliche Zustand eines bellum omnium contra omnes, sondern ist ein Rechtszustand, in dem ein Recht existirt und sich verwirklicht.

II. Das staatsbildende Prinzip und als Ausflüsse desselben die Gemeinschaft auf Grundlage der Familienverbindung und der Einfluß der Wehrverfassung auf die Gemeinschaft.

III. Das religiöse Prinzip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat.

Diese drei Prinzipien folgen sich hinsichtlich ihrer sittlichen Gradation in der hier gewählten Reihenfolge, und mit Rücksicht hierauf werden wir sie fortan auch als Stufen der Rechtsbildung bezeichnen. Eine entsprechende zeitliche Reihenfolge derselben soll damit nicht prädicirt sein. Mit dem Individuum ist wie das subjektive Rechtsgefühl, so auch schon die Familie und die Religion gegeben; welche von diesen drei Mächten aber ursprünglich die mächtigere gewesen ist: wer möchte sich darüber in leere Vermuthungen ergehen?

## I. Das Prinzip des subjektiven Willens der Urquell des römischen Rechts.

### 1. Der thatkräftige subjektive Wille in seiner Richtung auf Begründung des Rechts (Recht der Beute) — Vorliebe der römischen Rechtsansicht für originäre Erwerbungsarten.

X. Wo hätte es ein Recht gegeben, das nicht aus der Thatkraft der Individuen hervorgegangen wäre, und dessen Ursprünge sich nicht in den dunkeln Hintergrund der physischen Gewalt verlören? Aber bei manchen Völkern ist das Thor, durch das sie in die Geschichte hinaustreten, jene Periode der Thatkraft und der gewaltsamen Bildung des Rechts, im Laufe der Zeit völlig verschüttet, und ihre Tradition weiß nichts mehr zu

berichten von den Ahnherrn des Volks, die mit der Gewalt des Arms die Rechtswelt gründeten, sondern statt deren von Göttern oder Dienern Gottes, die das Recht den Menschen schenkten oder ihnen als Satzung auferlegten. Der menschliche Schweiß und das Blut, das dem Ursprung des Rechts anklebt, wird hier durch den Nimbus göttlicher Entstehung desselben völlig verdunkelt.

Anders aber im römischen Recht; jene Schweiß- und Blutflecke menschlicher Arbeit, die ihm anhaften, hat keine Zeit vernichten können; noch Jahrhunderte hindurch vibrirt im geltenden Recht die Idee nach, daß die persönliche Thatkraft die Quelle des Rechts ist.

Persönliche Thatkraft die Quelle des Rechts — für uns fast ein unverständliches Wort! Gewohnt, dem Staate alles in die Hand zu legen, das Recht als den Willen des Staates zu definiren und die Verwirklichung desselben ihm zu überlassen, kennen wir für das Recht die persönliche Thatkraft kaum, und wo sie ohne Autorisation des Staats sich geltend machen will, verpönen und verfolgen wir sie als Eingriff in die Rechtsordnung. Aber so weit in unsern Augen Gewalt und Recht von einander liegen, so weit ist unsere heutige Auffassung dieser beiden Begriffe von der altrömischen entfernt, und wir müssen unsere ganze heutige Vorstellungsweise von Staat und Rechtsordnung daheim lassen, wenn wir altrömischen Grund und Boden betreten.

Ist denn unsere strenge Scheidung von Recht und Gewalt in der That eine richtige, gibt es nicht auch heutzutage Gebiete, in denen beide Hand in Hand gehn? In den kleinen Kreisen des bürgerlichen Lebens haben wir der Gewalt den Krieg erklärt, und wenn sie heutzutage nur noch schüchtern und verstohlen sich hier blicken lassen darf, ahnen wir nicht, daß ihr einst auf diesem Gebiete die ausgedehnteste Herrschaft zustand. Aber zurückgedrängt von unserer Theorie aus diesen Niederungen des Privatlebens flüchtet sich die Gewalt auf jene Höhen, auf denen

die Weltgeschichte arbeitet. Wenn ein unterdrücktes Volk sich seines Tyrannen entledigt, wenn eine Regierung das im Zustande der höchsten Erschlaffung ihr von der Masse aufgelegte Nessusgewand einer verderblichen Verfassung von sich wirft, wenn das Schwert des Eroberers einen morschen Staat zertrümmert und dem besiegten Volke Gesetze auferlegt —— was antwortet darauf unsere Theorie von Recht und Gewalt? Sie erkennt die Aenderung als vollendete Thatsache, als rettende That an d. h. sie kann dem Geständniß nicht ausweichen, daß die Thatkraft als solche Recht tilgen und schaffen kann. Die Geschichte mit ihren gigantischen, naturkraftartig wirkenden Mächten läßt sich nicht durch unser theoretisches Spinnengewebe fesseln; wenn sie lebendig wird, zerreißt sie es mit einem Schlage an allen Stellen und überläßt der Theorie die Mühe, es in veränderter Gestalt wieder zusammen zu weben.

Nun, was soll es? Sehen wir noch heutzutage, daß die Thatkraft das Recht gebiert, welche andere Mutter, als sie sollte das Recht am Anfang der Geschichte gehabt haben? Nennen wir aber darum beide nicht eins, sagen wir nicht, daß statt des Rechts die Gewalt regiert habe. Auch das Recht war da, wenn auch in ganz anderer Weise als heutzutage; nicht nämlich als eine objektive Macht, die sich durch sich selbst verwirklicht, sondern als innerliche, als subjektives Rechtsgefühl. Was die Thatkraft geschaffen, was sie erworben und erkämpft, dem drückte das Rechtsgefühl seinen Stempel auf, machte es zu einem Theile der Person selbst und verdoppelte damit die Kraft, mit der es behauptet ward. Der erste Ansatz des Rechtsgefühls ist das Gefühl der eignen Berechtigung, gestützt auf die Bewährung der eignen Kraft und gerichtet auf die Resultate derselben. Dies Gefühl involvirt begrifflich freilich auch die Anerkennung des fremden Rechtsgefühls, aber praktisch entwickelt sich die Achtung vor dem Rechte Anderer nur sehr mühsam und allmählig. Ursprünglich ist sie auf den engen Kreis der Genossen beschränkt; wer draußen steht, ist rechtlos, gegen ihn mag man der Gewalt

völlig freien Lauf lassen, und Sieg begründet das Recht. Auch gegen die Genossen ist Gewalt erlaubt, sobald sie die Person oder den Besitz des andern kränken; durch Selbsthülfe verschafft man sich das Verlorne wieder, ist dies aber unmöglich, so fühlt man wenigstens die Rachlust.

Dies sind die Umrisse einer rohen Rechtsanschauung, von der die Römer oder ihre Vorfahren nicht bloß einmal ausgegangen sind, um sie dann zu vergessen, sondern die wenn auch in verfeinerter und veredelter Gestalt sich stets bei ihnen erhielt. Der persönlichen Thatkraft gehört die Welt, in sich selbst trägt der Einzelne den Grund seines Rechts, durch sich selbst muß er es schützen, das ist die Quintessenz altrömischer Lebensanschauung, wie wir jetzt näher nachweisen wollen, indem wir die Spuren, die Recht, Mythe und Etymologie uns aufbewahrt haben, zusammenstellen.

Mit dem Schwerte ist die römische Welt gegründet, und das Schwert oder der Speer ist das älteste Symbol des römischen Rechts. Nicht die Götter gaben den Römern ihre erste Ausstattung, wie einst der Gott Israels den Juden das gelobte Land verlieh, nicht Kauf und List wurden angewandt, wie einst von Dido bei der Gründung Karthagos; nein die Römer haben kein „abgeleitetes" Eigenthum im Sinne der Rechtssprache, abgeleitet von Gott oder andern Menschen, sondern sie haben ein „ursprüngliches," bei dem der Eigenthümer sein eigner Auctor ist, sie haben es sich genommen, wo sie es fanden. Leicht aber war dieser Erwerb nicht. Die lateinische Sprache wirft hier ein beachtenswerthes Streiflicht auf unsern Gegenstand. Hoch stellte die römische Vorstellungsweise die äußern Glücksgüter, bona, divitiae, denn die Sprache bezeichnet dieselben als etwas Göttliches.[10]) Aber nicht war es die Glücksgöttin, die „Glücks-

10) Bona und divitiae stammen beide von einer Wurzel, so unkenntlich hier auch die äußere Aehnlichkeit geworden ist. Wer sich des weitern belehren will, den verweise ich auf Pott a. a. O. B. 1 S. 101 u. fl. u. S. 265. Hinsichtlich divitiae liegt der Zusammenhang mit div-us, deus u. s. w. auf

güter" gewährte; die römische „Fortuna" geht nur mit dem „fortis," dem Tapfern, und die Güter fallen nur dem zu, der die Kraft hat sie zu erwerben, die opes und der Reichthum, die copia, sind das Produkt mühseliger Arbeit, der operae. Arbeiten, wünschen und wählen können, reich, mächtig und der beste sein — alles dies leitet die lateinische Sprache von einer Wurzel ab[11]) und beweist damit, wie nahe diese Begriffe in der Vorstellungsweise der Römer zusammenhiengen. Der Beste, optumus, ist der, welcher die opes hat, opulentus ist, er kann wünschen und wählen (optare – optio), aber da die opes nur der Preis der operae sind, so hat er durch den Erwerb derselben seine Tüchtigkeit an den Tag gelegt, sie sind, wie die spolia opima, die der römische Feldherr dem des besiegten Feindes abnahm, die Trophäen seiner Kraft.

Der Erwerb des Römers bestand im capere, Eigenthum ist ihm, was er mit der Hand genommen hat, manu-captum, mancipium, Eigenthum übertragen wird nicht, wie in späterer Zeit, durch Hingabe (trans-datio, traditio), sondern wo ein Römer dem andern Eigenthum überläßt, wird dies in alter Zeit der Form wie der Sache nach aufgefaßt als einseitiges Nehmen des Erwerbers (mancipatio, manu capere). Den Begriff der Succession, der Ableitung des Eigenthums kennt das älteste Recht nicht, es behilft sich, wie im zweiten System nachgewiesen werden soll, mit originären Erwerbungsarten.

Nehmen ist das der römischen Vorstellungsweise allein entsprechende, und die lateinische Sprache ist bei ihrer sonstigen

der Hand; der ursprüngliche Ausgangspunkt für den Begriff des Göttlichen ist in den Indogermanischen Sprachen der Himmel (Sanskr. div, wie auch im Lateinischen sub divo von diw glänzen). Bonus lautete früher duonus (Festus h. voc.) d. i. der göttliche (von deus) und wie hier du in b übergegangen ist, so in beatus dw in b (dweatus, dweare von dewa Gott). — Hängt dominus mit duonus zusammen? Früher lautete dies Wort dubenus (Fest. h. voc.). Eigenthümer wäre dann der mit Glücksgütern Gesegnete.

11) S. über die Ableitung dieser Wörter Pott a. a. O. B. 1. S. 255, 256 und über copia (com-opes) S. 40.

Armuth doch reich an Ausdrücken, die ursprünglich diese Bedeutung gehabt haben. Emere heißt im spätern Latein kaufen, aber wo die Römer der spätern Zeit kauften, pflegten ihre Vorfahren zu nehmen; emere hieß bei ihnen nichts als nehmen.[12]) Rapere (das deutsche rauben, gothisch raubon) hat im spätern Latein die deutsche Bedeutung, und rapina erscheint hier als Delikt, allein in alter Zeit kannte man ein eignes Delikt des Raubes nicht,[13]) und rapere hieß nichts als reißen, gewaltsam an sich ziehen, ohne daß die Sprache die Nüancirung des Unerlaubten hineingelegt hätte. Ebensowenig unterscheidet die Sprache zwischen dem Fall, wo man mühelos eine herrenlose Sache zu sich nimmt, und dem, wo man sie erbeutet; beides heißt occupare. Von diesen drei Stammwörtern emere, capere und rapere, hat die lateinische Sprache einen großen Reichthum abgeleiteter und zusammengesetzter gebildet, deren Bedeutungen späterhin weit auseinander fallen sowie die jener drei Wörter selbst; aber um so bezeichnender ist die ursprüngliche Identität aller dieser Bedeutungen in dem Begriffe des Nehmens.

Der Hauptfall der gewaltsamen Aneignung war der der kriegerischen Erbeutung, letztere ward, wie Gajus uns berichtet,[14]) als die beste Erwerbsart des Eigenthums angesehn, maxime enim, sagt er, sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Raub vom Feinde hat von jeher bei allen jugendlichen, kriegerischen Völkern als ehrenvoller Erwerb gegolten; so war z. B. nach altgriechischer und altnordischer Ansicht Seeraub ein anständiges Gewerbe, aber den Handel verachtete man, denn mit ihm verträgt sich Feigheit und Betrug, wie ja Mercur

---

12) Festus sub voc. Abemito significat demito vel auferto; emere enim antiqui dicebant pro accipere; ebenso sub voc. Redemptores. S. auch Pott a. a. O. B. 1 S. 261. Die ursprüngliche Bedeutung hat sich noch in Zusammensetzungen erhalten z. B. adimere (ad-emere), zu sich nehmen.

13) Raub fiel unter den Begriff des Diebstahls, nämlich des furtum manifestum.

14) Gaj. IV. §. 16.

zugleich der Gott des Handels und der Diebe ist. Jene Mittheilung von Gajus ist wohl nichts weiter, als ein Schluß, den er selbst macht, allein sie ist doch insofern nicht ohne Gewicht, als hier ein römischer Jurist, dem für die Kenntniß des ältern Rechts ganz andere Materialien zu Gebote standen, als uns, in demselben jene Anschauung ausgeprägt fand, die wir hier nachweisen wollen. Dem Worte praedium, Grundstück, scheint noch jene Ansicht, die er den alten Römern unterlegt, anzukleben, denn der Zusammenhang mit praeda, [15]) der Beute, liegt auf der Hand, und es ist gewiß höchst charakteristisch, daß die Sprache bei der Bezeichnung des Grund und Bodens, statt sich an das so vorwiegende Moment der Unbeweglichkeit zu halten das fern liegende der Erbeutung wählt. Auch die Eintheilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi hat man mit der kriegerischen Erbeutung in Beziehung setzen wollen; [16]) die res mancipi, bei denen nur mancipatio oder ein sonstiger civilrechtlicher Erwerbungsact Eigenthum übertrug, sollen die Sachen gewesen sein, die die Römer bei ihren Raubzügen mit fort zu schleppen pflegten. Und in der That bleibt, da die Erbeutung, das manu capere im wirklichen Sinn, nicht bloß als Form, doch keine Anwendung gegen die Genossen fand, nichts übrig, als die Richtung derselben gegen den Feind, und somit auch die Beziehung jener res mancipi auf die Erbeutung. Diese Sachen werden also aufgefaßt als Beute, und wir können jetzt den ursprünglichen Begriff des Eigenthums, wie er in mancipium enthalten ist, und den wir zunächst auf das Nehmen stellten, näher dahin präcisiren, daß er das Eigenthum nach Kriegsrecht, das Recht

---

15) Ueber praeda, zusammengezogen aus prae-hida von prae hendere, prendere, Wurzel hed s. Pott a. a. O. 1 S. 142, 199. Praedium anstatt mit praeda mit praes, dem Bürgen, zusammen bringen zu wollen, nämlich als Sicherungsobjekt, heißt die Frage nur verändern, nicht sie lösen. Denn hängt praes, praedis nicht selbst mit praeda zusammen? Ist praes nicht der Nehmende d. h. der etwas auf sich nimmt?

16) Puchta Cursus der Institutionen B. 2. §. 238.

an der Beute bezeichnet. Dies Eigenthum nach Kriegsrecht, also dieser Preis der bloßen Thatkraft als solcher, ist nun der Ausgangspunkt und Prototyp des Eigenthums überhaupt, und wie von ihm zunächst die Ausdrücke mancipium, mancipare auf das Eigenthum überhaupt übertragen sind, so auch der Speer als das Symbol desselben. In einzelnen Anwendungsfällen ist auch die Form des rechtlichen Erwerbes der der Erbeutung nachgebildet. Was zuerst letztere betrifft, so ist sie freilich in der Mancipatio bereits zu einem bloßen Ergreifen mit der Hand hinabgesunken, allein in zwei Gebräuchen hat sie sich noch erhalten. Den einen derselben treffen wir bei einer Gelegenheit, bei der uns auch der Speer begegnet (s. u.), nämlich bei der römischen Hochzeit. Hier ward die Braut vom Manne aus dem Schooße der Ihrigen geraubt; wie Festus[17]) naiv hinzufügt, darum, weil dies dem Romulus glücklich von Statten gegangen sei. Die Sage vom Raube der Sabinerinnen ist aber vielleicht ehr die Wirkung, als die Ursache dieser Sitte. Der zweite Gebrauch war religiöser Art. Wo die Menschen rauben und im Raube die Wurzel des Eigenthums erblicken, da müssen auch die Götter auf würdige Weise d. h. durch Raub sich ihre Diener verschaffen. So wurden denn die vestalischen Jungfrauen und der flamen Dialis geraubt (capiuntur); ob nur sie und, wenn dies der Fall, warum nur sie, steht dahin.

In dem Symbol des Eigenthums, dem Speer, tritt die ursprüngliche Beziehung desselben auf die Erbeutung recht schlagend hervor, und Gajus macht uns zum Ueberfluß noch darauf aufmerksam. Wo es sich in Rom öffentlich um Eigenthum handelte, ward dies durch Aufstecken des Speeres kund gegeben, so z. B. beim Centumviralgericht, das vorzugsweise über ächt römisches Eigen erkannte, so ferner bei öffentlichen Verkäufen (sub hasta vendere),[18]) von welcher Sitte sich der in unsere heutige

---

17) Sub voc. rapi.

18) Daher hasta auch noch in späterer Zeit kurzweg für Auction z. B. fiscalis hastae fides.

Geschäftssprache übertragene Ausdruck „subhastiren" herschreibt. Bei der Freilassung der Sklaven vor dem Prätor erscheint gleichfalls der Speer, später statt dessen ein Stab, in officieller Sprache vindicta; dies führt uns aber schon zu der Vindikation, von der erst unten die Rede sein kann. Dahingegen liefert uns auch hier das Hochzeitsceremoniel einen passenden Beleg. Der Mann pflegte der Braut bei der Vermählung mit einem Speere (coelibaris hasta[19]) das Haar zu scheiteln, und Festus, der uns diese Notiz aufbewahrt hat, führt neben mehren unhaltbaren Erklärungsversuchen auch die Deutung an, daß der Speer das höchste Zeichen der Macht sei („summa armorum et imperii") und dadurch also der Braut angedeutet werden solle, wie sie als Frau völlig der Gewalt des Mannes unterworfen sei. Daß die Menschen den Göttern das höchste Symbol der Herrschaft nicht versagt haben werden, liegt zu sehr auf der Hand, als daß uns die Notiz,[20]) die Römer hätten in ältester Zeit alle Götter unter der Gestalt der Lanze verehrt, Wunder nehmen könnte. In späterer Zeit wird die Lanze aus einem Symbol ein Attribut der Götter, und wenn sie hier bei den friedlichen Gottheiten als hasta pura d. h. als Stab erscheint,[21]) so kann dies bei ihr die ursprüngliche Gestalt wohl ebenso wenig verkennen lassen, wie dies bei der vindicta möglich ist; beide sind ursprünglich Speere, denen die spätere Zeit die Spitze abgebrochen und ihnen damit zwar die Beziehung auf den Krieg, aber nicht die des Symbols der Macht und Herrschaft genommen hat.

Wo physische Kraft den Erwerb vermittelt, da spielt natürlich die Hand als Instrument derselben eine Hauptrolle; kämpfen ist „handgemein werden", „manum conserere" (s. u. bei der Vindikation), angreifen „Handanlegen" „manum injicere," manus injectio" (s. u. bei der Selbsthülfe). Wie das

19) S. Festus sub hac voce.

20) Justin 43, 23.

21) Pellegrino Andeutungen über den ursprünglichen Religionsunterschied der römischen Patricier und Plebejer. Leipz. 1842. S. 49 u. flg.

entferntere Instrument des Kampfes, der Speer, als Symbol der rechtlichen Herrschaft dient, so das nächste Instrument desselben, die manus zur Bezeichnung derselben; ich sage der rechtlichen, und dies eben macht die Sache charakteristisch, denn wenn die physische Herrschaft, der Besitz mit diesem Ausdruck gemeint wäre, würde es nichts auffälliges haben. Im spätern Recht bezeichnet manus zwar nur eine Art der rechtlichen Herrschaft, nämlich die über die Ehefrau, allein aus den Zusammensetzungen des Wortes, die noch im spätern Recht in Uebung geblieben sind, ergibt sich die frühere generelle Bedeutung desselben. Dahin gehört außer dem bereits bei capere erwähnten mancipium und mancipare noch manu mittere und emancipare. Die eherechtliche Gewalt des Mannes über die Frau hat offenbar die Spuren der ältesten Rechtsansicht am besten conservirt; sie heißt manus, wird begründet durch Raub, und der Speer ist ihr Symbol.

Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts, das ist das Resultat der bisherigen Ausführung. In diesem Satz liegt schon die kriegerische Gesinnungsweise des Volkes ausgesprochen, liegt, möchte ich sagen, ein Stück vorrömischer Geschichte. Die Etymologie bietet uns außer den im bisherigen bereits benutzten Spuren dieser Gesinnungsweise noch manche andere, von denen mir noch folgende zu benutzen verstattet sein möge. Wie die lateinische Sprache das Grundstück nicht nach der so offenbar vorwiegenden Eigenschaft der Unbeweglichkeit, sondern als Gegenstand der Beute bezeichnet, so nennt sie auch den Mann nicht nach seinem Geschlecht, sondern nach seinem kriegerischen Beruf. Der Sanskritausdruck für Mann ist nri und nara,[22]) und die griechische Sprache hat in ihrem ʼανήρ denselben beibehalten, die lateinische hingegen ihn fallen lassen und dafür das Wort wira, welches im Sanskrit Krieger, Held bedeutet, zur Bezeichnung des Mannes, vir gewählt d. h. die

---

22) Pott a. a. O. 1 S. 106.

römischen Männer sind nicht bloß männlichen Geschlechts, sondern sie sind Krieger. Die römische Tugend, vir-tus, ist also ursprünglich der Besitz der Männlichkeit d. h. kriegerischer Tüchtigkeit. Mit vir hängt dem Wortlaut und dieser altrömischen Auffassungsweise nach vis, die Kraft, Gewalt, zu nahe zusammen, als daß man nicht auf eine ursprüngliche[23]) etymologische Verwandschaft schließen möchte, so daß vis ursprünglich etwa als die Eigenschaft des vir aufgefaßt wäre. Ein Krieger, vir, mit der hasta seine vis bewährend und Personen und Sachen in seine manus bringend, wäre der persönliche Ausdruck der Idee, mit der wir uns hier beschäftigen. Der Name des Volks, Quirites hängt nach einer gewöhnlichen Ableitung gleichfalls hiermit zusammen. Quiris, curis ist die altsabinische Lanze, die Quiriten also sind die Lanzenträger. Ueber die Ableitung von quiris möge mir erlaubt sein, eine Vermuthung zu äußern. Eine nahmhafte Auctorität[24]) stellt die Abstammung der Wörter curia, decuria u. s. w. von com viria, decem viria als möglich hin. Curia, hiernach also die Männergemeinschaft, Mannschaft, sowie decuria, centuria hatte eine militärische Bedeutung ähnlich wie unser „Mannschaft"; es bezeichnete eine Heeresabtheilung, worüber im §. 17 ein näheres. Curia aber und curis oder quiris (cu- und qui- wechseln bekanntlich oft mit einander) stehen sich zu nahe, als daß man nicht eine ursprüngliche Verwandschaft annehmen möchte. Ist nun curia von com-viria, Mannschaft abgeleitet, so würde — jene Verwandschaft angenommen — von diesem Worte curis abstammen, und zwar in dem Sinn

23) Der Zusammenhang von vis und vir ist etymologisch möglich, denn das r des letzteren Wortes findet sich bei jenem noch im Plural. S. Pott a. a. O. B. 1 S. 205, dem der Wegfall des r im Singular freilich nicht unbedenklich erscheint. Da vir zu den wenigen Wörtern gehört, bei denen auch in der ältern lateinischen Sprache das r sich fand, so läßt sich hier ein Uebergang von s in r, der in der spätern Sprache bekanntlich sehr häufig vorkam, nicht annehmen.

24) Pott a. a. O. 1 S. 123.

„das, was der curia eigen ist," das ist aber der kriegerische Speer in seiner dienstmäßigen, allen gemeinsamen Gestalt.[25]) Quirites wären dann also die Träger dieser Lanze, und jene unvermeidliche Lanze, die wir bereits bei Göttern wie Menschen, bei Hochzeiten wie Verkäufen, Freilassungen wie Gerichtssitzungen getroffen haben, würde freilich nirgends besser am Platz sein, als im Namen dieses lanzensüchtigen Volkes selbst. Noch einmal (§. 12) wird sie uns begegnen, aber nicht mit der Bestimmung um Recht zu begründen, sondern um es zu wahren.

---

Bisher betrachteten wir die physische Kraft in einer Qualität, in der sie sich nur dem Feinde gegenüber praktisch erwies, nämlich in der als die primitive Begründerin des Eigenthums. Es ist das Recht der Beute, an dem der römische Eigenthumsbegriff sich zuerst zeigt, und an den auch die friedliche, vertragsmäßige Erweiterung desselben anknüpft. Was Jemand dem Feinde abgestritten, gebührt ihm als Kampfpreis, ist sein eigen; die physische Kraft kehrt heim mit dem Begriffe des Rechts, der Gegenstand, an dem sie sich bethätigt hat, ist für die Genossen kein Objekt der Beute, sondern rechtlich unantastbar, wie die Person selbst. Darin liegt eben der Begriff des Beuterechts; er wäre negirt, wenn es sich anders verhielte. An diese der Zeit und dem Begriff nach erste, originäre Erwerbungsart lehnen sich die derivativen an. Uns erscheint der Vertrag als eine so

25) Man wende mir nicht ein, daß es abnorm sei, wenn die Sprache den Speer nach der Mannschaft benannt hätte. Nicht die bloße hasta ist darnach benannt, sondern die hasta curiae, die hasta quiris d. h. der Speer wie er eben der ganzen Curie gemeinsam, also dienstmäßig ist. Auf eine Analogie der deutschen Sprache hat mich mein hiesiger Freund und College Müllenhoff aufmerksam gemacht. Die „Kunkel" (chonacla, kunkela, cuncla), das Symbol der Frau, ist gebildet von quenâ oder konâ (γυνή), Frau, warum nicht das Zeichen der „Mannschaft" curis von der „Mannschaft," curia selbst?

natürliche Begründungsart von Rechtsverhältnissen, daß wir keinen Anstand nehmen, diese Auffassung auch den Römern unterzulegen, allein ich halte das für grundfalsch, wie ich im zweiten System ausführlicher nachzuweisen gedenke. An dieser Stelle genügt die Bemerkung, daß die Uebertragung des Eigenthums durch Vertrag im ältesten Recht nicht als solche Kraft und Gültigkeit hatte, sondern dadurch, daß sie sich der Idee des Beuterechts accommodirte. Eigenthum ist ursprünglich nichts, als Recht am erbeuteten Gegenstand, entsteht mithin nur durch Erbeutung. Wenn also Jemand, anstatt sich die Sache, deren er bedarf, vom Feinde zu holen, einen Genossen darum angeht, und dieser sie ihm nicht bloß zum Besitz, sondern als Eigenthum d. h. als „sein nach dem Recht der Beute" übertragen will, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß letzterer sie sich entreißen läßt, der neue Innehaber also als „der, welcher die Sache erbeutet hat" d. h. als Eigenthümer erscheint.

Wir wenden uns jetzt der Gewalt zu in ihrer Richtung auf den Schutz, die Verwirklichung des Rechts.

### 2. Der thatkräftige subjektive Wille in seiner Richtung auf Schutz und Verwirklichung des Rechts — Das System der Selbsthülfe — Die Selbsthülfe unter Voraussetzung eines zweifellosen Anspruchs — Die Privatrache und der Ursprung der Privatstrafen — Zusicherung des Beistandes von Seiten Einzelner und des ganzen Volks (testimonium = Garantie des Rechts).

XI. Die ersten unausbleiblichen Regungen des verletzten Rechtsgefühls bestehen in der gewaltsamen Reaction gegen das zugefügte Unrecht, in der Selbsthülfe und Rache; mit Selbsthülfe und Rache hat daher ein jedes Recht begonnen. Aber dieser Anfang ist nach unserer heutigen Auffassung nichts als das vorstaatliche Chaos, in dem Recht und Gewalt sich noch nicht gesondert haben, und von Recht also keine Rede sein kann. Letzteres soll erst entstehn, wenn der Staat jene Aufwallungen des subjektiven Rechtsgefühls bezwungen und Organe zur Ver-

wirklichung des Rechts aus sich heraus getrieben hat. Die Entstehung des Rechts datirt sich nach unserer heutigen Auffassung erst von der des Richteramts an.

Diese Auffassung ist erklärlich vom Standpunkt unserer heutigen Rechtsordnung aus, ich hoffe aber am ältesten römischen Recht die Unrichtigkeit derselben nachweisen zu können. Das wesentliche nämlich im Begriff der Rechtsordnung ist die gesicherte und constante Verwirklichung des Rechts, verkehrt ist es aber zu glauben, als ob diese Verwirklichung nur durch den Staat und seine Behörden, nicht aber durch die unmittelbare Macht des Lebens erfolgen könne. Ursprünglich hat jedes Bedürfniß des Lebens sich durch das Leben befriedigt, und bevor eine gesteigerte Entwicklung nach und nach besondere Organe für die verschiedenen Aufgaben und Interessen der Gemeinschaft ausgeschieden hat, waren letztere nicht dem Zufall Preis gegeben, sondern die natürliche Selbsthülfe oder Heilkraft des Lebens half sich selber. Wir haben es erleben müssen, daß man an den Staat die abentheuerliche Anforderung einer „Organisation der Arbeit" gestellt hat, aber so sehr man heutzutage auch mit der Idee eines Organisirens von Staatswegen vertraut ist, so hat man doch jene äußerste Consequenz dieser Idee zurückgewiesen und die Antwort ertheilt: die Arbeit organisirt sich selbst, der Staat kann sich nicht hineinmischen. Wie wenn nun zu irgend einer Zeit auch die Justiz sich ohne Zuthun des Staats von selbst organisirt hätte, wenn der Staat den Individuen damals so wenig hätte behülflich zu sein brauchen, daß sie Recht fänden, als heutzutage, daß sie Arbeit finden?

Wenn wir heutzutage die Menge von Interessen, die der Beaufsichtigung oder Leitung der Staatsbehörden anvertraut sind, überschauen, so finden wir darunter manche, die noch vor nicht gar langer Zeit sich selbst überlassen waren, und bei denen uns doch bereits heutzutage eine Einmischung des Staats unentbehrlich erscheint. Um wie viel mehr muß letzteres der Fall sein hinsichtlich jener Interessen, für die die Vorsorge des Staats

in eine ungekannte Vorzeit hinaufreicht, wie dies z. B. beim Recht der Fall ist. Hinsichtlich des Rechts hat die Staatsthätigkeit gegenüber der unmittelbaren schöpferischen und helfenden Kraft des Lebens ein solches Uebergewicht erlangt, dieselbe so sehr zurückgedrängt, daß letztere lange Zeit von der Jurisprudenz kaum mehr beachtet, die Gesetzgebung vielmehr als die einzige Quelle des Rechts hingestellt ward. Erst in neuerer Zeit ist die Bildung des Rechts auf unmittelbarem Wege — das Gewohnheitsrecht — von der Wissenschaft wieder zu Ehren gebracht, und Niemand würde es heutzutage wagen, den Anfang eines Rechts erst von dem Auftreten des Gesetzgebers zu datiren. Obgleich man sich nun, was die Bildung des Rechts anbetrifft, von jenem Wahn, als müsse alles durch den Staat geschehen, frei gemacht hat, so hat man sich doch, was die Verwirklichung desselben anbelangt, noch nicht zu einer gleich freien Auffassung erheben können. Den Richter, der im Namen des Staats Recht spricht, hält man als erstes Requisit der Rechtsordnung fest; er soll der Wächter sein, der in der Geschichte des Rechts den Anbruch des Tages verkündet, und gegen die vermeintliche Nacht, die vorher geherrscht haben soll, fühlt man ein inneres Grauen, ja man hat gar nicht einmal die Frage aufgeworfen, ob denn jene unmittelbare Organisationskraft des Lebens, die lange Zeit hindurch den Gesetzgeber entbehrlich gemacht hat, nicht dasselbe hinsichtlich des Richters hätte bewirken können. Um so überraschender ist dieses Vorurtheil, als gerade das ältere römische Recht wie vielleicht kein anderes den Ungrund desselben darzuthun vermag; vorausgesetzt nämlich daß man es nicht mit den Ideen des neunzehnten Jahrhunderts beurtheilt. Das Richteramt des älteren römischen Rechts hat eine so außerordentlich bescheidene Stellung, ist noch so wenig erfüllt von der Idee der Handhabung der Rechtspflege durch den Staat, daß man es mit vollem Recht als ein aus dem System der unmittelbaren Verwirklichung des Rechts, dem System der Selbsthülfe, heraus gebornes und zur Ergänzung desselben bestimmtes

Institut bezeichnen kann. Man sieht es dem Recht der damaligen Zeit an allen Punkten an, daß jenes ächtrömische Prinzip des subjektiven Willens, das erst mit dem römischen Volk unterging, jene Idee, daß der Urquell des Rechts nicht im Staat, sondern in der subjektiven Persönlichkeit liege, damals noch in voller, ungebrochener Kraft bestand. Die Selbsthülfe aber ist nur eine Consequenz dieser Idee, und darin zeigt sich von vornherein die außerordentlich intensive Kraft des römischen Rechtsgefühls und die gesunde Constitution des römischen Lebens, daß die Selbsthülfe nicht wie einst in Deutschland zur Zeit des Faustrechts zu Fehden führte, in denen die Macht des Stärkeren den Ausschlag gab, und so sich selbst verzehrte, sondern daß sie sich in Rom zu einem praktischen System der Verwirklichung des Rechts gestaltete, welches der Beihülfe und der Regulirung durch Staatsbehörden entbehren konnte. Das öffentliche Richteramt tritt zwar innerhalb dieses Systems auf, aber in beschränkter Weise und — was das wesentliche ist — der Grundidee jenes Systems untergeordnet und dienstbar.

Die Gestalt, in der uns dieses System für die historische Zeit bezeugt wird, und in der es uns namentlich in den XII Tafeln begegnet, trägt, wie ich glaube, noch so manche Spuren seiner ursprünglichen Bildung an sich, daß wir hier von jenem Mittel, dessen Benutzung wir uns in §. 7 ausbedungen haben, den Rückschlüssen vom spätern aufs frühere Recht Gebrauch und den Versuch machen werden, die ursprüngliche, vorhistorische Gestalt dieses Systems zu reconstruiren. Der Zustand der Festigkeit, in dem es uns in historischer Zeit begegnet, und in dem es bereits in scharfe Formen crystallisirt ist, wird uns in Stand setzen, uns dasselbe im Zustande der ursprünglichen Flüßigkeit zu denken, und zwar werden wir, da es uns vor allem darauf ankommt, jenes System der historischen Zeit dem Verständniß zugänglich zu machen, mit der Schilderung des Urzustandes beginnen. Möge vorläufig unsere Construction des Ursystems der Selbsthülfe immerhin als ein bloßes Phantasiebild erscheinen,

je mehr der Verlauf der Darstellung uns Gelegenheit geben wird, Spuren aus der historischen Zeit in sie aufzunehmen, um so mehr wird hoffentlich jener Schein verschwinden. Es würde die Anschaulichkeit der Darstellung darunter leiden, wenn wir gleich von vornherein mit Beweisen beginnen wollten; die Beweiskraft ruht im Gesammtzusammenhange. Vorläufig betrachte man also den Punkt, von dem wir ausgehen, als ein hypothetisches Centrum, dessen Richtigkeit erst hinterher dadurch erwiesen wird, daß sämmtliche einzelne historisch noch erkennbare Punkte der Peripherie sich zu einem Kreise zusammenfügen, der auf jenes Centrum hinweist.

---

Wir versetzen uns jetzt im Geist in eine Zeit hinein, in der die Gemeinschaft noch keine Organe für die Verwirklichung des Rechts aus sich hervorgetrieben hatte, es vielmehr als reine Privatsache der Individuen betrachtete, sich Recht zu verschaffen. Ein solcher Zustand hat bestanden; ob er der Zeit nach lange vor das System der XII Tafeln fällt und selbst weit über Rom hinausreicht, das ist Nebensache, die Hauptsache ist die, daß er im wesentlichen wenig von dem zu dieser spätern Zeit Statt findenden verschieden ist, wie dies nachher gezeigt werden soll.

Nicht aber der Zufall herrschte hier statt des Rechts, nicht das Maß der den beiden streitenden Partheien zu Gebote stehenden physischen Macht gab den Ausschlag, sondern die Idee des Rechts verwirklichte sich hier, wenn auch auf formlose Weise und ohne Mitwirkung des Staats, durch die unmittelbare Macht des Lebens. Wer wegen erlittenen Unrechts zur Selbsthülfe schreiten wollte, war nicht auf seine eigne geringe Kraft angewiesen, sondern jenes Unrecht rief in der Gemeinschaft dieselbe Reaction des Rechtsgefühls hervor, wie in ihm selbst, nämlich eine thätige, reelle; er fand Beistand so viel er dessen bedurfte,

das Uebergewicht der physischen Kraft warf sich wie heutzutage im System der öffentlichen Rechtspflege[26]) regelmäßig auf Seiten dessen, der Recht hatte. Im Rechtsgefühl liegt einmal der Trieb sich zu realisiren, und eine Verletzung desselben, treffe sie nun zunächst auch nur den Einzelnen, wird nicht bloß in ihm, sondern in der Gesammtheit jenen Trieb in Bewegung setzen. Findet er kein verfassungsmäßiges Organ zu seiner Realisirung vor, so wird er sie sich in unmittelbarer Weise zu verschaffen suchen. Möge kein Richter da sein, der den Verbrecher zur Rechenschaft zieht und straft, letzteren ereilt dennoch die Strafe und vielleicht sicherer und rascher, als bei der ausgebildetsten Organisation der Strafrechtspflege; es ist die Volksjustiz, die die verletzte Volksmoral zur Anerkennung bringt. Was aber in unsern jetzigen Zuständen die Furcht vor der Strafe des Gesetzes und dem Richtschwert der Obrigkeit bewirkt, das leistet dort die Furcht vor dem allgegenwärtigen Arme jener Volksjustiz. Es wäre also sehr verkehrt, sich jenen Zustand in der Weise auszumalen, als ob Scenen der Volksjustiz und einer gewaltsamen Privatselbsthülfe an der Tagesordnung gewesen seien. Wenn die Furcht vor der Strafe von dem Verbrechen, die Aussicht auf die Erfolglosigkeit des Widerstandes von einem Privatunrecht abzuhalten vermag, so that sie das dort sowohl wie heutzutage bei uns. Was half es dem

26) In diesem System ist ebensowohl das Gegentheil möglich, wie dort. In Zeiten, wo die Staatsgewalt lahm und ohnmächtig ist, vermag der Arm der Gerechtigkeit nicht auszuführen, was der Mund des Gesetzes gesprochen. Das Jahr 1848 hat uns ja Beispiele die Menge gegeben. An der überlegenen Widerstandskraft und der Erregtheit der Masse kann im wohlorganisirten Staat die Verwirklichung des Rechts nicht weniger scheitern, wie im System der Selbsthülfe an der Uebermacht einzelner Familien. Wir werden nachher zeigen, daß der ganze römische Prozeß auf die Voraussetzung gebaut ist, von der wir hier ausgehen. Der römische Richter exekutirt nicht, sondern überläßt dies dem Sieger, supponirt also, daß die physischen Mittel des Rechts der physischen Widerstandskraft des Unrechts überlegen sind.

Schuldner die Selbsthülfe des Gläubigers zu provociren, da, die Evidenz des gegnerischen Anspruches vorausgesetzt, die Erfolglosigkeit des eignen Widerstandes vorauszusehen war? Nur bei Zweifelhaftigkeit dieses Anspruches lohnte es sich der Mühe und dies, werden wir sehen, ist gerade der Punkt, wo die Entstehung des Richteramtes ergänzend in das System der Selbsthülfe eingreift. Wir werden nun bei der folgenden Darstellung zunächst den Fall ins Auge fassen, wo der durch Selbsthülfe geltend zu machende Anspruch ein zweifelloser war, sei es daß die Gegenparthei denselben zugestand, oder daß Zeugen bei Begründung desselben gegenwärtig gewesen waren — hier lag keine Rechtsfrage vor, sondern es bedurfte nur der Exekution — und sodann in §. 12 den Fall, wo dieser Anspruch ein zweifelhafter war — hier bedurfte es, um der Selbsthülfe des Berechtigten die sichere Aussicht auf Erfolg zu gewähren, zunächst eines Mittels, wodurch sein Recht außer Frage gestellt ward.

### Die Selbsthülfe unter Voraussetzung eines zweifellosen Anspruches.

Bei einem Delikt hängt es vom Zufall ab, ob Zeugen gegenwärtig sind, bei Rechtsgeschäften hingegen können dieselben stets hinzugezogen werden. Dieser Unterschied ist für den Gesichtspunkt, von dem wir uns hier leiten lassen, dem der Zweifellosigkeit des Anspruches, von Einfluß und veranlaßt uns, die Selbsthülfe unter Voraussetzung eines begangenen Delikts — die Privatrache — von der Selbsthülfe in ihrer Richtung auf vermögensrechtliche Ansprüche zu sondern. So innerlich verschieden uns beide Fälle der Selbsthülfe erscheinen mögen, so wenig hat in ältester Zeit ein Gegensatz zwischen ihnen bestanden. Beide umfaßt gemeinsam der Ausdruck vindicta; nicht in seiner späteren Bedeutung,[27]) in der er sich nur auf die Rache bezieht, sondern in seinem ursprünglichen Sinn, wie derselbe noch in

27) Die z. B. in den actiones vindictam spirantes des spätern Rechts hervortritt.

der vindicta der Vindikation durchschimmert.[28]) In beiden Fällen geht die älteste Anschauung von dem Gesichtspunkt der persönlichen Kränkung und Verletzung aus; ob der Dieb mich hat bestehlen wollen, oder der Schuldner mir die Schuld nicht entrichtet, macht keinen Unterschied, beide afficiren mit meinem Vermögen zugleich meine Persönlichkeit. Darum trifft auch noch nach den XII Tafeln beide gleiche Strafe, ja den zahlungsunfähigen Schuldner im Fall des Concurses die grausamste Strafe, die das Gesetz überhaupt kennt. Da die folgende Darstellung uns zwingen wird, den Cardinalpunkt, worauf diese Identität der Privatrache und Selbsthülfe beruht, nämlich die enge Verbindung zwischen Person und Vermögen, bei einer andern Gelegenheit hervorzuheben, so dürfen wir hier darauf verweisen, müssen aber nochmals bemerken, daß, wenn wir fortan Selbsthülfe und Privatrache unterscheiden, wir uns dieser Abstraction einer spätern Zeit nur im Interesse unseres an die Spitze gestellten Gesichtspunktes, der Zweifellosigkeit des Anspruches bedienen.

Wir betrachten zuerst die Selbsthülfe gegen ein begangenes Delikt, die Privatrache. Das römische Recht hat uns noch manche Spuren derselben erhalten.[29]) Wenn der Ehemann, der den Ehebrecher auf der That ertappt, im gerechten Zorn ihn tödtet, so sichert noch das spätere Recht ihm Straflosigkeit zu. Hinsichtlich des Diebes, der bei Nachtzeit stiehlt, erlauben die XII Tafeln dasselbe, bei Tage aber, wenn er sich zur Wehr setzt; unter allen Umständen fällt der ertappte Dieb (fur manifestus) durch Addiction von Seiten der Obrigkeit dem Bestohlenen zu.[30]) Bei gewissen körperlichen Verletzungen (membrum ruptum) spricht jenes Gesetz die Strafe der Talion aus.

In allen diesen drei Fällen war das Unrecht des Delin-

28) Hierüber und zugleich über die Ableitung des Wortes von vis s. §. 12.

29) Die Literatur ist sorgfältig zusammengestellt von Rein Kriminalrecht der Römer. S. 36 u. ff.

30) Es war zweifelhaft, ob als Sklav oder adjudicatus Gaj. III. §. 189.

quenten klar, und das Gesetz enthielt nichts, als die Anerkennung dessen, was der Verletzte unter dem Einfluß der erlittenen Kränkung sei es sofort bei der That oder nachher zu thun pflegte. Eine von der Sitte, wie es scheint, besonders begünstigte Form der Rache mag die gewesen sein, daß der Verletzte sich der Person seines Gegners bemächtigte und ihn nicht eher wieder entließ, bis derselbe sich losgekauft hatte. Ich folgere dies daraus, daß das spätere Recht in manchen Fällen die Befugniß dazu ausdrücklich anerkannte z. B. in dem oben erwähnten Fall des furtum manifestum, bei dem Gegner, der der Aufforderung des Klägers, mit ihm vor den Richter zu gehn, nicht Folge leistete, bei dem zahlungsunfähigen Schuldner, bei allen Delikten, die von Sklaven oder Hauskindern begangen waren. Wenn der Herr oder Vater es nicht vorzog, den durch diese Personen angestifteten Schaden zu ersetzen, so mußte er sie noxae dare, d. h. dem Beschädigten überliefern, damit letzterer sich selbst an ihnen Genugthuung verschaffen oder durch ihre Dienstleistungen sich schadlos halten konnte. Es ist die Vermuthung ausgesprochen, [31]) und ich trete ihr bei, daß „die Noralklagen ursprünglich die absolute Forderung auf Auslieferung der Schaden bringenden Person zum Zweck der Ausübung der Privatrache enthalten haben." Auch im völkerrechtlichen Verkehr finden wir ein gleiches Recht auf Auslieferung anerkannt. Diejenigen Römer, welche nach völkerrechtlichen Begriffen sich an einem fremden Volk vergangen hatten, wurden der Rache desselben überantwortet, so z. B. derjenige, welcher sich an den Gesandten desselben vergriffen, so der Feldherr, welcher eine sponsio mit dem Feinde geschlossen, die vom römischen Volk oder Senat verworfen war. [32]) Die Auslieferung erfolgt, ,,ut populus religione solvatur'', damit das Volk selbst sich außer Schuld setze und in Ausdrücken, die

---

31) Dirksen, civil. Abh. B. 1 S. 104.

32) Geschichte des Völkerrechts im Alterthum von Mauritius Müller-Jochmus §. 71 und §. 82.

auch bei jener privatrechtlichen noxae deditio vorkommen (quandoque ....... noxam nocuerunt.... ob eam rem hosce homines vobis dedo).[33]) In jenem ersten Fall liegt eine völkerrechtliche obligatio ex delicto vor, im zweiten eine obligatio ex contractu (aus der sponsio), deren Nichterfüllung auch im privatrechtlichen Verkehr Schuldhaft und demnächstige Sklaverei des Schuldners zur Folge hatte. Der bei der Auslieferung angeführte Grund: ut populus religione solvatur und die Natur der Sache selbst führt uns dazu, für den Privatverkehr denselben Grundsatz anzunehmen, daß nämlich derjenige, welcher den Verbrecher oder Schuldner der berechtigten Selbsthülfe des Verletzten oder Gläubigers zu entziehen suchte, sich an dem Unrecht desselben betheiligte, gleiche Schuld auf sich lud.[34]) Eine Nachwirkung dieses Grundsatzes finde ich noch in der Verpflichtung, die der vindex im römischen Prozeß übernehmen mußte. Wer als vindex[35]) libertatis auftritt d. h. einen andern, der nach seiner Angabe unrechtmäßiger Weise in Sklaverei gehalten wird, durch Klage gegen den Innehaber daraus befreien will, muß ein Succumbenzgeld (sacramentum) deponiren, und wer in gleicher Qualität sich des zur Schuldhaft gezogenen Schuldners annehmen will, tritt damit in dessen Verbindlichkeit ein, so daß er im Fall des Unterliegens als Strafe dafür, daß er die Rechtmäßigkeit der Selbsthülfe des Gläubigers bestritten, den Schuldbetrag entrichten muß[36]) ohne den Schuldner selbst dadurch von

---

33) Livius IX. c. 10.

34) Später werden eigne Klagen gegen ihn gegeben. S. z. B. die Titel: Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat (2. 7) namentlich L. 5 §. 1 und L. 6 (is, qui debitorem vi exemit, si solverit, reum non liberat, quia poenam suam solvit) und Tit. De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat (2. 10).

35) Fest. vindex, qui vindicat, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur.

36) Dies erhielt sich noch, als statt des vindex der Beklagte selbst den Prozeß übernehmen durfte. Da er gewissermaßen als sein eigner vindex auftrat, so mußte er selbst, wenn er unterlag, das Duplum zahlen. Ebenso

seiner Verbindlichkeit zu befreien. Setzte nun noch im System der öffentlichen Rechtspflege der vindex sich wegen unbegründeten Einspruches gegen eine rechtmäßige Selbsthülfe einer solchen Strafe aus, so wird um so ehr im System der Selbsthülfe der Satz gegolten haben, daß jeder, der der Rache des Verletzten gegen seinen Gegner entgegentrat, sich an dem Unrecht desselben betheiligte. Letzterer war gewissermaßen ein Aussätziger, dessen Reinigung nur dem Verletzten möglich war, und der jeden ansteckte, der ihn der Strafe zu entziehen suchte. Wenn Jemand wegen öffentlichen Verbrechens ins Exil getrieben ward, wurde es ausdrücklich allen verboten, ihm irgend welche Unterstützung angedeihen zu lassen; hinsichtlich dessen, der gerechter Selbsthülfe verfallen, verstand es sich dem bisherigen nach von selbst.

Die Rache des Verletzten also hatte freies Spiel, ob sie aber bei jedem geringfügigen Delikt bis zum Aeußersten vorschreiten durfte, oder ob ihr je nach Verschiedenheit der Fälle durch die Sitte engere und weitere Schranken vorgezeichnet waren, läßt sich nicht bestimmen. Bei bürgerlichen Verletzungen erlauben die XII Tafeln die Talion, den Schuldner und Dieb trifft Freiheitsberaubung, im Fall eines Concurses darf ersterer sogar von seinem Gläubiger in Stücken geschnitten werden.[37]) Statt der wirklichen Ausübung der Rache aber mochte eben so häufig ein Abkaufen derselben vorkommen; die Privatstrafe (poena)[38]) der

---

konnte er das irrthümlich gezahlte simplum nicht zurückfordern. Wäre das statthaft gewesen, so hätte jeder sich der manus injectio dadurch entziehen können daß er bezahlte und hinterher, ohne einen vindex nöthig zu haben und die Strafe des Duplum zu fürchten, die Zahlung anfocht, während vor der Zahlung die Bestreitung der Forderung nur durch den vindex und mit dem periculum dupli möglich war.

37) Das in partes secare der XII Tafeln auf künstliche Weise aus dem Wege räumen zu wollen, beweist eine völlige Unfähigkeit, sich in den Geist des alten Rechts hineinzudenken.

38) Es ist bereits von Andern z. B. Rein das Kriminalrecht der Römer S. 284 und Rubino Untersuchung über römische Verfassung und Geschichte

spätern Zeit ist nichts, als eine Fixirung dieses Lösegeldes.[39]) Wo das Vermögen in der Schätzung des Volks so hoch steht, daß Verletzung desselben für den Dieb Verlust der Freiheit und für den Bankerutirer Verlust des Lebens nach sich zieht, wo man, möchte ich sagen, vom Gelde ausgehend bis zur schwersten Strafe gelangen kann, da mag man auch rückwärts wieder von der verwirkten Strafe zum Gelde kommen. Für eine beträchtliche Abfindungssumme verzichtete der Verletzte wohl auf die Ausübung der Talion, und seinem Rachegefühl mochte nicht weniger ein Genüge geschehen, wenn sein Gegner ihm das beste, was er hatte, abtreten mußte, als wenn er selbst ihm einige schwere Wunden beigebracht hätte. In unserer heutigen Zeit, so erwerbsüchtig und geldgierig sie sein mag, ist doch die Beziehung des Eigenthums zur Persönlichkeit eine unendlich losere, als im alten Rom;[40]) dort war dasselbe gewissermaßen Fleisch und Blut des Eigenthümers, und unter dieser Voraussetzung muß es eben so natürlich erscheinen, daß eine Beschädigung fremden Vermögens mit Leib und Leben gebüßt, als daß eine Verletzung der Person mit Vermögen abgekauft ward. Wie der Feind für einen Gefangenen Lösegeld annahm und wie, wenn letzterer selbst es nicht aufzubringen vermochte, Verwandte und Freunde beisteuerten, so mochte ein gleiches eintreten in dem

---

B. 1 S. 460 hervorgehoben, daß poena wie das griechische ποινή ursprünglich die Bedeutung von Sühngeld hat, daher Ausdrücke wie poenas dare, solvere, pendere, petere, exigere, sumere, capere, die sämmtlich nicht auf die Vorstellung von „Strafeleiden," sondern von Zahlen einer Abfindungssumme hinweisen. Ueber die auf einen religiösen Gesichtspunkt verweisende Etymologie von poena wird bei Darstellung des religiösen Prinzips eingegangen werden.

39) Zu dieser Ansicht sind auch Andere gekommen z. B. Köstlin die Lehre vom Mord und Todtschlag. S. 29 u. flg., bei dem sich auch die einzelnen Fälle, für die uns aus dem ältern Recht Privatstrafen beglaubigt werden, zusammengestellt finden.

40) Im zweiten System werden wir die römische Anschauungsweise mit ihrer tiefeingreifenden Einwirkung auf das Recht zu schildern versuchen.

Fall, von dem wir hier sprechen. Schreiben doch die XII Tafeln vor, daß der von seinem Gläubiger bereits zur Haft gebrachte Schuldner an drei Markttagen öffentlich ausgestellt werden solle, um zu versuchen, ob nicht irgend Jemand ihn einlösen werde, und aus dem vierten Jahrhundert weiß die Geschichte von M. Manlius zu berichten, daß er an vierhundert Schuldner auf diese Weise aus den Händen ihrer Gläubiger rettete. [41]) Spannte der Verletzte seine Forderungen nicht zu hoch, so zahlte der Vater lieber, als daß er sich zur noxae deditio seiner Kinder entschloß, und wo der Thäter selbst Vermögen besaß, opferte er lieber einen Theil desselben, als daß er sich der Rache des Gegners Preis gab. Reichten seine Mittel nicht aus, und hatte er sich des Beistandes seiner Verwandten nicht unwürdig gemacht, so mochten letztere ihm das Fehlende vorstrecken. Lebte der, gegen den er sich vergangen, nicht mehr, so traten die Verwandten als Rächer an dessen Stelle; [42]) ob auch sie die Rache, die sie dem Verstorbenen schuldig waren, sich abkaufen lassen durften, ob dies den Thäter gegen die vindicta publica, von der wir sprechen werden, gesichert haben würde, lassen wir dahin gestellt.

Die Höhe der Abfindungssumme bestimmte sich begreiflicherweise nach Verschiedenheit der Fälle sehr verschieden. Die Vermögensumstände der beiden Partheien, ihre Stellung und ihr bisheriges Verhältniß zu einander, das Maß der Rachsucht auf der einen, das des Trotzes auf der andern Seite, Fürsprache von befreundeten Personen u. s. w. übten hier einen bestimmenden Einfluß aus. Es stand zwar bei dem Verletzten seine Forderungen ins maßlose zu spannen, ähnlich wie dies im römischen Prozeß derjenige kann, der durch ein juramentum in litem die litis aestimatio bestimmen soll, allein sein eignes Interesse veranlaßte ihn, seinem Gegner die Auslösung nicht unmöglich

41) Liv. VI, 20.

42) Als Ausfluß des Familienprinzips gehört dies in §. 14.

zu machen.[43]) Auch die öffentliche Meinung und die Sitte war hier gewiß nicht ohne Einfluß. Hatte letztere, wie anzunehmen ist, wenigstens einige allgemeinere Anhaltspunkte für die Bestimmung der Abfindungssumme aufgebracht, z. B. nach Verschiedenheit der Delikte das Vierfache, Doppelte des Schadens oder eine bestimmte Anzahl Rinder und Schaafe u. s. w., so mochte ein Einzelner, um die öffentliche Meinung nicht gegen sich zu erbittern, es nicht wagen, sich bei seiner Forderung gar zu weit von diesen Anhaltspunkten zu entfernen. Wir haben uns hier einen Handel zu denken, bei dem von der einen Seite vorgeschlagen, von der andern so lange accordirt ward, bis man endlich handelseinig geworden war. Der Ausdruck dafür war pacere,[44]) pacisci, depecisci und für die Einigung selbst pactum. Die ursprüngliche Bedeutung von pactum ist also nicht die eines Vertrages überhaupt, sondern die von pax, Frieden, nämlich Beilegung der Feindseligkeiten; der „Vertrag" macht der „Unverträglichkeit" ein Ende.[45])

43) Man nehme z. B. an, daß er dem ihm zugesprochenen Schuldner das doppelte von dem abforderte, was letzterer als Sklav werth war, und was er also bei dem vorgeschriebenen Verkauf trans Tiberim aus ihm lösen konnte. War letzterer alt und schwach, so brachte jener Verkauf wenig auf. Eine weise Bestimmung der XII Tafeln war die, daß sie die Frist, innerhalb deren der Gläubiger den Schuldner bei sich behalten durfte, fest bestimmten und zwar sehr eng zumaßen (60 Tage). Dem Gläubiger war damit das Mittel entzogen, den Schuldner durch fortgesetzte Quälereien mürbe zu machen, und andererseits mußte auch der Schuldner selbst innerhalb dieser 60 Tage seinen Entschluß fassen. Eine billige Auslösungssumme brachte letzterer innerhalb dieser Zeit vielleicht zusammen; wies der Gläubiger sie bis zu Ablauf der Frist von sich, so mußte er jenen Verkauf vornehmen, der ihm vielleicht viel weniger einbrachte.

44) Sanskr. Wurzel pac (binden), daher Sanskr. paca Strick. Pott a. a. O. B. 1 S. 267.

45) „Pactum" und „Vertrag", weisen also ursprünglich auf dieselbe Idee hin, nämlich auf die des „sich vertragens" „pacem condere." Diesen ursprünglichen Begriff von pactum, der also ein bereits bestehendes Rechtsverhältniß voraussetzt und ein Ablassen von einem der Strenge nach zuständigen Recht in sich schließt, darf man für das römische

Die Ausübung der Privatrache mochte also in beiderseitigem Interesse in der Regel mit dem Abkaufen derselben enden, und für die Bestimmung der Abfindungssumme im einzelnen Fall konnte es nicht an einer Menge von Präcedentien fehlen, die den Partheien als Anhaltspunkte dienten. Im System der öffentlichen Rechtspflege finden wir nun anfänglich noch bei manchen Delikten diese Vereinbarung völlig den Partheien überlassen, späterhin aber nimmt die Obrigkeit die Sache in die Hand, und anstatt also, wenn es z. B. zur Talion hätte kommen müssen, weil die eine der Partheien zu viel forderte, die andere zu wenig bot, anstatt also hier auf Talion zu erkennen, setzte der Richter selbst eine Abfindungssumme fest. Dies ist die römische Privatstrafe. Die Anhaltspunkte zur Bestimmung derselben fand der Richter, wie es eben bemerkt ist, in der Sitte vor, und ein nahe liegender Schritt zur Vervollkommnung dieses Verfahrens war der, im Anschluß an diese Anhaltspunkte ein für alle Male einen Tarif von festen Abfindungssummen aufzustellen. Für einige Delikte finden wir bereits in den XII Tafeln feste Summen vorgeschrieben z. B. für die Injurien und einige Fälle des Diebstahls, für andere hingegen treten dieselben erst später im prätorischen Edikt auf z. B. für das furtum manifestum. Endlich mochte man bei einigen Delikten aus guten Gründen auf eine solche gesetzliche Fixirung der Abfindungssumme verzichten, um es nämlich dem Richter möglich zu machen, je nach Verschiedenheit des concreten Falles bald auf eine höhere, bald auf eine geringere Summe zu erkennen. Diese Behandlungsweise scheint man z. B. beim membrum ruptum vorgezogen zu haben, und in späterer Zeit adoptirte man sie auch bei den Injurien, weil das System der „festen Preise" sich bei ihnen nicht bewährt hatte.

---

Recht nie außer Acht lassen. Hätte man ihn stets im Auge behalten, so würde die falsche Theorie von der nach späterm römischen Recht aus einem pactum entspringenden obligatio naturalis sich schwerlich so sehr eingenistet haben.

Zur Zeit der XII Tafeln war also jenes System der Privatstrafen noch in der Bildung begriffen. Hinsichtlich einiger Delikte wird noch das alte Recht des Verletzten auf Rache ausdrücklich anerkannt, wenn auch vielleicht in seiner Ausübung an die Autorisation der Behörde geknüpft z. B. die Talion beim membrum ruptum, die Addiction beim furtum manifestum; bei andern ist, wie eben gesagt, die fixirte Geldstrafe bereits an die Stelle der Rache getreten. Zwar wird uns hinsichtlich dieser letzteren Fälle nicht ausdrücklich bezeugt, daß hier früher die Privatrache gegolten, allein beim furtum manifestum und membrum ruptum können wir den wirklichen Hergang noch erkennen, und er gewährt uns einen wichtigen Fingerzeig für das ganze System der Privatstrafen überhaupt. Hinsichtlich ihrer nämlich schimmert zwar in den XII Tafeln die Idee durch, daß es zum pacisci kommen würde,[46]) allein als letztes Mittel lassen sie doch noch die Talion und Addiction bestehen. In der spätern Praxis hingegen ist von der Anwendung dieses äußersten Mittels keine Rede mehr; selbst gegen den Willen der Partheien erkennt der Richter auf eine Abfindungssumme. Es machte sich dies, wie Gellius[47]) berichtet, in der Weise, daß der Richter auf Talion erkannte, und wenn der Beklagte, qui depecisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, aestimata lite judex hominem pecuniae damnabat. Dieser Modus, daß der Richter zuerst auf das eigentliche Klagobjekt erkannte und hinterher abschätzte, ist zwar dem spätern Recht fremd, allein wir wissen aus andern Zeugnissen, daß er ursprünglich üblich gewesen ist.[48])

Die Privatstrafen des römischen Rechts erscheinen also dem bisherigen nach als die gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich fixirten Preise, für die die ursprünglich statthaft gewesene Privat-

46) Hinsichtlich der Talion bestimmen sie ausdrücklich: ni cum eo pacit, talio esto, hinsichtlich des furtum wissen wir, ohne gerade die Worte zu kennen, daß die XII Tafeln das pacisci erwähnten.

47) Gellius XX. 1.

48) Gaj. IV. §. 48 „sicut olim fieri solebat.“

rache abgekauft werden konnte und mußte. Es erklärt sich aus diesem Gesichtspunkte, warum die Deliktsklagen des spätern Rechts, wie z. B. die actio legis Aquiliae wegen Beschädigung oder Vernichtung von Sachen, selbst soweit sie reinen Schadensersatz zum Gegenstand haben, nicht gegen die Erben des Thäters gerichtet werden können. Daß Leistung des Schadensersatzes als Strafe aufgefaßt wird, hat für uns etwas Befremdendes, und unser heutiges Recht hat in dieser Beziehung sich vom römischen entfernt. Diese Sonderbarkeit erklärt sich aber ganz befriedigend aus der bisher dargestellten Ansicht. Beschädigung fremder Sachen ist ein Delikt, das die Privatrache des Eigenthümers hervorruft. Mit dem Tode des Thäters aber fällt die Rache hinweg, denn sein Erbe übernimmt zwar das Vermögen und damit die Schulden desselben, nicht aber dessen Feindschaften und Fehden. Da nun die Strafe gezahlt wird, um sich der Fehde zu entziehen, so hat nur der Thäter sie zu entrichten, nicht aber der Erbe. Als natürliche Folge des Delikts gilt nicht die Verpflichtung zum Schadensersatz, sondern die Privatrache, letztere geht aber über den bloßen Schadensersatz hinaus, denn es ist neben der Sache zugleich die Persönlichkeit des Eigenthümers gekränkt, und wenn letzterer sich eine poena oder Abfindungssumme zahlen läßt, so hat dieselbe die Bestimmung, ein Surrogat der Rache zu sein oder, man kann auch sagen eine Befriedigung der Rachlust zu gewähren. Ueber dieser persönlichen Richtung des Delikts ist die sächliche im römischen Recht gar nicht zu besonderer Anerkennung gelangt.[49])

---

49) Daß der Erbe des Thäters das, was durch das Delikt ins Vermögen seines Erblassers und so durch Erbgang auf ihn gekommen ist, restituiren muß, enthält nur einen Ausfluß des Condiktionenprinzips. Daß aber, wie im Text behauptet, das römische Recht über dem Gesichtspunkt des Delikts und der darin liegenden Anforderung einer persönlichen, gemüthlichen Genugthuung den Gesichtspunkt des Schadensersatzes, d. i. der rein vermögensrechtlichen, sachlichen Genugthuung hintenangesetzt hat, ist unläugbar, und man sollte sich bewußt sein, daß hierin eine Grundverschiedenheit altrömischer

Wir wenden uns jetzt der auf Verfolgung rein vermögensrechtlicher Ansprüche gerichteten Selbsthülfe zu und erinnern daran, daß wir auch hier von dem Fall der Zweifellosigkeit des Anspruches ausgehen. Diese Zweifellosigkeit gab, wie wir sahen, im System der Selbsthülfe den Ausschlag, indem sie es dem Berechtigten ebenso leicht machte, für eine etwa nöthig werdende gewaltsame Vollstreckung der Selbsthülfe ausreichende Unterstützung zu finden, als sie umgekehrt dem Verpflichteten es erschwerte, seinerseits fremden Beistand zu gewinnen. Sie ließ sich aber hinsichtlich aller vermögensrechtlichen Ansprüche und Erwerbungen dadurch stets herbeiführen, daß man zu den Rechtsgeschäften, durch die sie begründet wurden, Zeugen hinzuzog. Wie wir nun im vindex einen Beistand des Verpflichteten gefunden haben, der sich derselben Gefahr aussetzte, der letzterer selbst unterlag, so werden wir jetzt in den Zeugen des Rechtsgeschäftes Beistände des Klägers kennen lernen, die die Realisirung seines Anspruches zu ihrer eignen Sache machen.

Der solenne Akt der Eingehung eines Rechtsgeschäftes vor Zeugen hieß in seiner Anwendung auf Begründung des Eigenthums und anderer unmittelbarer Herrschaftsverhältnisse mancipatio, in seiner Anwendung auf Obligationen nexum. Die uns bekannte Gestalt desselben ist offenbar eine spätere, denn der libripens weist auf die Zeit hin, als bereits das Metall allgemeines Tauschmittel geworden war,[50]) sowie höchst wahr-

---

und heutiger Auffassung und ein bedeutender Fortschritt der letzteren vorliegt. Die Anknüpfung dieser Eigenthümlichkeit an das System der Privatrache ist hier nur im Vorübergehn geschehen und erklärt dieselbe nur von einer Seite; von einer andern Seite wird dies im zweiten System bei Gelegenheit einer Untersuchung über den obligatorischen Grund der römischen Obligationen geschehen.

50) Die allgemeine Benutzung des Metalls als Tauschmittels ist jünger, als der unmittelbare Austausch der Objekte, pecu-nia erst eine Ableitung von pecus, dem ursprünglichsten beweglichen Werthobjekt. In Vieh wurde gebrücht, daher peculatus = Diebstahl an dem öffentlichen Vieh. Neben Vieh kömmt auch das Getreide vor, slips, daher stipendium (stipem dare) Sold

scheinlich die fünf Zeugen dieses Aktes erst in Folge der Servianischen Verfassung aufgekommen sind, nämlich als Vertreter der fünf Censusklassen. Worin nun aber auch die älteste Form der mancipatio bestanden haben möge, das Zeugengeschäft selbst gehört bereits dem System der Selbsthülfe an, die Function der Zeugen ist hier auf dieser Bildungsstufe des Rechts ungleich wesentlicher und unentbehrlicher, als auf den spätern Bildungsstufen.

Wenn nämlich der Berechtigte wegen eines vor Zeugen erworbenen Rechtes zur Selbsthülfe schreiten mußte, so waren es die Zeugen, die er zuerst um thätige Mitwirkung angieng,[51]) und letztere erschienen der herrschenden Rechtsansicht nach verpflichtet, dieselbe zu gewähren. Für das spätere Recht, in dem die Thätigkeit des Zeugen auf ein Aussagen zusammengeschrumpft ist, bestimmen die XII Tafeln:[52]) qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilis esto; im System der Selbsthülfe wird mithin derjenige Zeuge für improbus und intestabilis gegolten haben, welcher jene thätliche Mitwirkung bei Ausführung des Geschäftes versagte. Daß diese Art der Mitwirkung eventuell vom Zeugen erwartet und verlangt wurde, soll jetzt näher erwiesen werden; es möge aber hier an die obige Bemerkung erinnert

---

und stipulatio = Leihcontrakt. Das aes mit seinen Ableitungen aerarium, aestimare (auf Erz zurückführen d. i. schätzen) sowie das aes militare (der Getreidesold auf Geld reducirt), equestre, bordearium gehört erst einer relativ spätern Zeit an; Naturallieferungen sind überall das früheste und der Tausch früher, als der Kauf.

51) Für den Fall, daß ihm Eigenthum bestritten ward, wendete er sich im spätern Recht mit einer litis denunciatio an den Autor, der es ihm bestellt hatte. Der prozessualische Beistand, den letzterer hier zu leisten hat, mag nur die spätere Form eines ursprünglich materiellen Beistandes, und die litis denunciatio im System der Selbsthülfe eine Aufforderung zur materiellen Beihülfe gewesen sein.

52) Gellius XV. c. 13.

werden, daß es gewiß in den wenigsten Fällen zu wirklichen Thätlichkeiten kam, indem das moralische und physische Gewicht, das der Beistand der Zeugen dem Anspruche des Berechtigten gewährte, nutzlose Versuche des Widerstandes im Keim unterdrückte.

Unser Beweissatz ist also der: der Zeuge der ältesten Zeit sichert der interessirten Parthei im voraus seinen Beistand zu, oder, wie wir es mit einem Wort ausdrücken können, testis heißt Garant.

In einer Zeit, in der die Parthei selbst ihr Recht realisirt, ist nothwendigerweise die Stellung und Aufgabe des zugezogenen Zeugen eine ganz andere, als in einer Zeit, in der der Richter jene Realisirung auf sich genommen hat. In diesem letztern Fall mag und muß der Zeuge sich auf die Aussage dessen, was er gesehn hat, beschränken, und ihn selbst kann man als Wissenden bezeichnen. So thut es z. B. das germanische Recht.[53]) Dort hingegen, wo es nicht auf Sagen und Klagen, sondern auf Handeln ankömmt, würde der zugezogene Zeuge durch ein bloßes Sagen dem ihm geschenkten Vertrauen nicht Genüge leisten; die Wahrheit, die er bezeugen soll, ruht ursprünglich in den Fäusten. Wahr ist nach der Etymologie sowohl der lateinischen als der deutschen Sprache dasjenige, was bewährt, gewahrt wird;[54]) Wahrheit also dasjenige, wofür man einsteht. Wenn dies der ursprüngliche Begriff der Wahrheit ist, so hat vor allem der Zeuge die Aufgabe, die Wahr-

53) Hier wird die Benennung des Zeugen von dem Wissen entlehnt z. B. althochd. gewizo (Wissender) Kiwizida, giwiznessi, gewizscaf (Zeugniß) angels. gevita, altnord. vitus (Zeugniß). Das gothische veitvôds (Zeuge) soll auch mit vitan (wissen) zusammenhängen. Das Mittelhochdeutsche geziuge, ziuc u. s. w. und das Niederdeutsche getüge leitet Grimm von ziehen ab d. i. der Zugezogene.

54) Wahr und verus stammen beide von der Sanskr. Wurzel wri (bedecken, wahren), wovon z. B. auch Goth. varjan (wehren) Poln. wara, wiera, Litt. wer-tas; und was gewehrt, gewahrt, bewährt ist, ist wahr. S. Pott a. a. O. B. 1 S. 223.

heit zu bewähren. Es wäre eine Feigheit von ihm, der Parthei, die zum Gegner geht, um sich Recht zu verschaffen, nicht zu diesem zu folgen, eine Feigheit, sie dort, wenn sie Widerstand findet, im Stich zu lassen. So finden wir, daß bei dem Scheinkampf in der reivindicatio von beiden Seiten Gefährten (superstites) mitgehn; wenn dies beim Scheinkampf nöthig schien, so wird es auch bei der wirklichen Selbsthülfe der Fall gewesen sein, und wer hätte hier ehr mitgehn müssen, als die Zeugen des Geschäfts, das zu dieser Selbsthülfe Veranlassung gab? Auch bei Beginn des Prozesses erscheinen die beiderseitigen Beistände, und wenn der Streit anhängig gemacht ist, ruft man sie zu Zeugen auf (contestari; daher jener Akt litis contestatio). Warum? Für einen Akt, der vor dem Prätor (in jure) geschah, bedurfte es doch wohl nicht der Privatzeugen, sonst hätte man ja zu jedem andern Akt vor dem Prätor z. B. der confessio in jure, der in jure cessio u. s. w. gleichfalls Zeugen zuziehen und aufrufen müssen, während davon doch nirgends die Rede ist. Sind jene Zeugen der Litis contestatio nicht vielleicht die alten Beistände bei der Selbsthülfe, die jetzt mit den Partheien vor den Prätor gehn?

Der Zeuge des ältesten Rechts, der sich noch lange in der mancipatio erhielt und in der Testamentsform des neusten römischen Rechts letztere sogar überlebte, ist Solennitätszeuge d. h. die Zuziehung desselben ist ein formelles Requisit des Geschäftes selbst, der Zeuge nimmt Theil an demselben, ist ein Mithandelnder und muß als solcher zur Theilnahme aufgefordert sein und sich dazu bereit erklärt haben. Wer nur beim Akt gegenwärtig war, ohne zugezogen zu sein, ist nicht Solennitätszeuge, ungeachtet er das glaubwürdigste Zeugniß abzulegen vermag. Dasselbe gilt von Personen weiblichen Geschlechtes; an Glaubwürdigkeit stehen sie nicht zurück, aber was ihnen fehlt, ist jene physische Kraft des Mannes, durch die er nöthigenfalls seine Worte bewährt, und wegen dieses Mangels sind sie wie zur Vormundschaft, bei der gleichfalls in ältester

Zeit die physische Kraft erforderlich ist, so auch zum Zeugniß ungeeignet. Beim Solennitätszeugniß kommt es nicht auf Glaubwürdigkeit an, darum können die Interessenten ihre eignen Verwandten zuziehen, und auch im neuern Recht noch ist z. B. das Testament gültig, wenn die zugezogenen Zeugen sämmtlich Brüder des eingesetzten Erben sind. Alle diese Sätze stimmen nicht mit dem Gesichtspunkt, daß der Werth des Zeugen in seinem Wissen liegt, wohl aber erklären sie sich, wenn man von unserm Gesichtspunkt ausgeht, daß der Zeuge der ältesten Zeit eine Garantie des Geschäfts übernehmen soll. Leisten sie uns auch keinen weitern Dienst, so zeigen sie wenigstens, daß unsere Ansicht mit dem Zuschnitt des solennen Zeugnisses verträglich ist.

Die Etymologie wird uns innerhalb dieses ersten Systems noch oft Aufschlüsse gewähren; vermag sie es auch hier? Ich glaube allerdings. Die lateinische Sprache bietet uns für testis einen Anhaltspunkt in testudo dar. Offenbar muß der beiden Wörtern gemeinsame Stamm test eine Bedeckung, Sicherung ausdrücken; bei der Schildkröte liegt diese Eigenschaft so auf der Hand, daß sie die natürlichste Bezeichnung des Thieres gewährt, und darum hat ja unsere deutsche Sprache den treffenden Ausdruck Schild-kröte gewählt. Heißt nun im Lateinischen testudo die Bedeckte, Geschützte, so wird man unwillkührlich auf tegere und damit zu der Annahme geführt, daß das g dieses Wortes, welches in sonstigen Ableitungen entweder bleibt (z. B. tegmen, tegula) oder in ct übergeht (z. B. tectum), hier in st übergegangen ist — eine Annahme, die ich dem Urtheil der Etymologen anheimstelle. Das Wort testiculus, das sonst seinem Sinn nach mit beiden gar nicht vereinbar scheint, würde sich unter dieser Voraussetzung gleichfalls an sie anknüpfen lassen.[55]) Testis wäre darnach der Deckende, Sichernde, oder unsern obigen Ausdruck zu wählen, der Garant.

---

55) Tegere ist etymologisch das deutsche decken (tectum Dach, tegula

Dies etymologische Argument möge zur Unterstützung unserer Ansicht dienen, es hat dieselbe aber nicht veranlaßt. Was mich zuerst auf dieselbe führte, sind zwei Gründe, zuerst nämlich die Ueberzeugung, daß der ganze Charakter der Rechtsstufe, von der wir hier sprechen, jene Präponderanz des physischen Moments auch im Institut der Zeugen wiederkehren, ihm eine bestimmte, in das System der Selbsthülfe hineinpassende Stellung anweisen mußte. Sodann aber zweitens eine Erscheinung, deren Betrachtung uns über den engen Gesichtskreis der bisherigen Aufgabe hinausführen wird. Das ist nämlich das testamentum in comitiis calatis. Man hat darüber gestritten, ob das Volk bei dieser Art der Testamentserrichtung abgestimmt oder bloß die Funktion eines Zeugen ausgeübt habe, und für diese letztere Ansicht sich auf die Ausdrücke testari, testamentum u. s. w. berufen,[56]) indem man voraussetzte, daß ihnen der Begriff des gewöhnlichen Zeugnisses zu Grunde liege. Aber man muß das Argument umdrehen und sagen: testis, testari u. s. w. hat in ältester Zeit eine andere Bedeutung gehabt, weil es undenkbar ist, daß das ganze römische Volk bei jener Testamentserrichtung die Rolle eines gewöhnlichen Zeugen gespielt hätte. Warum in aller Welt zum bloßen Zweck der Constatirung einer Thatsache das gesammte Volk als Zeugen zuziehen? Man begreift in der That dies praktische Volk nicht, daß es einen Zweck, der sich auf die einfachste und natürlichste Weise durch einige wenige Zeugen erreichen ließ, auf die umständlichste und lästigste Art hätte ver-

---

Ziegel, Deckel). Es ist nun beachtenswerth, daß die deutsche Sprache den Ausdruck „bedecken" bei Thieren von derselben Function gebraucht, auf die testiculus in der lateinischen Sprache hinweist, und dieses Zusammentreffen in beiden Sprachen vermehrt in meinen Augen die Wahrscheinlichkeit, daß jene drei Wörter testudo, testis, testiculus von tegere stammen. Die beiden letzten könnten wir im gleichen Doppelsinn mit der lateinischen Sprache bezeichnen als „die zur Bedeckung dienenden."

56) z. B. Dernburg Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente S. 16 u. fl.

folgen sollen. Zwar wurden diese Comitien nur zwei Mal im Jahr gehalten, allein gerade darin liegt ein Argument für unsere Ansicht. Denn wenn das Volk nichts bieten konnte, als ein Zeugniß: in welchem Mißverhältniß stand zu dieser Gabe jene Beschränkung auf zwei bestimmte Zeitpunkte im Jahr! Andere Zeugen konnte man zuziehen, wenn das Bedürfniß drängte, oder der Zufall den Abschluß eines Geschäfts herbeiführte. Warum sich denn eines Zeugnisses wegen an das Volk wenden?

Nein, das Volk hatte etwas anderes zu bieten, als ein bloßes Zeugniß, und die Thätigkeit desselben bestand nicht im bloßen Hören, sondern erforderte Abstimmung, das Testament ward durch eine lex genehmigt. Der Gesichtspunkt, daß das Testament eine lex sei, hat sich noch im spätern Recht in manchen Punkten erhalten. An die Testamentszeugen wird, wie an das Volk bei einem Gesetzvorschlage, eine „rogatio" gerichtet, die Thätigkeit des Testators wird mit „legare" bezeichnet, seine Anordnungen müssen in imperativischer Form gehalten sein, und in seinen materiellen Wirkungen geht das Testament, wie erst im zweiten System gezeigt werden kann, weit über die Kraft der Privatgeschäfte hinaus und äußert eine Wirksamkeit, wie sie sonst nur bei Gesetzen oder vom Volk ausgehenden Maßregeln vorkömmt.[57]) Vom Standpunkt des ältesten Rechts aus können wir von zwei verschiedenen Seiten zu der Einsicht gelangen, daß die Bestätigung des Testaments durch einen Beschluß des Volks eine Consequenz dieses Rechts enthielt. Einmal nämlich von Seiten des Familienprinzips als eine durch das Interesse der Gentes gebotene Sicherungsmaßregel gegen die Willkühr letztwilliger Dispositionen — davon kann erst in §. 14 die Rede

57) Beispielshalber mache ich hier auf zwei Punkte aufmerksam. Der Legatar erwirbt das Eigenthum der legirten Sache ipso jure ohne Besitzaneignung, was sonst nur bei Verleihungen von Seiten des Volks oder seiner Beauftragten vorkömmt. Ferner tritt jedes Rechtsgeschäft des alten Rechts sofort in Wirksamkeit, das Testament aber disponirt wie ein Gesetz über zukünftige Verhältnisse.

sein — sodann aber von Seiten des hier zur Behandlung stehenden subjektiven Prinzips als durch das eigne Interesse des Testators selbst geboten. Wenn irgendwo, so empfahl es sich gerade beim Testament als besonders zweckmäßig, das Geschäft statt unter die Garantie bloßer Privatzeugen unter die des ganzen Volks zu stellen. Denn das Testament griff mehr als irgend ein anderes Geschäft in eine Menge von Interessen verletzend ein, Interessen nicht bloß einzelner Privatpersonen, sondern ganzer Gentes, traf also auf einen unvergleichlich mächtigeren Widerstand, als irgend ein anderes Geschäft. Sodann steht es aber darin einzig in seiner Art, daß es erst nach dem Tode des Disponenten zur Ausführung kommen kann, daß in ihm also nur der ehemalige Wille eines jetzt Willenlosen vorliegt, der Wille hier den Anspruch erhebt, über sein natürliches Ziel hinaus bindende Kraft auszuüben. So wenig wir heutzutage daran Anstoß nehmen, so wenig dies die Römer selbst später gethan haben, so ist doch die Testirfreiheit ursprünglich auch ihnen gewiß nichts weniger als natürlich erschienen. Manche Völker haben sich nie zu diesem Gedanken erheben können, sind vielmehr im wesentlichen immer bei der Intestaterbfolge stehen geblieben; sollte die Rechtsanschauung der ältesten Römer so abnorm organisirt gewesen sein, daß ihnen gleich von vornherein als natürlich erschienen wäre, was sich jenen Völkern für immer entzog? Nein, gerade die Anschauung, mit der wir uns hier beschäftigen, jener Einfluß des physischen Moments im Recht macht es mehr als wahrscheinlich, daß auch die Römer ursprünglich die Erstreckung des subjektiven Willens über die physische Existenz der Person hinaus als etwas exorbitantes betrachteten, als etwas nicht schon an sich im subjektiven Recht liegendes. Da nun aber dennoch, wie wir in §. 14 sehen werden, gerade die schroffe Consequenz des römischen Familienprinzips das Bedürfniß letztwilliger Dispositionen hervorrief, den Römern die Testamente aufzwang, so lag es am nächsten, Streitigkeiten über die Wirksamkeit eines bloß vor Privatgaran-

ten ausgesprochenen letzten Willens dadurch auszuschließen, daß man denselben unter die Garantie des Volks stellte, d. h. eine lex zur Bestätigung desselben nachsuchte. Wie bei jedem andern Beschluß erfolgte auch hier eine rogatio an das Volk, und letzteres stimmte ab, konnte also selbstverständlich diese Garantie sogut versagen als ertheilen. Der Testator erlangte durch Ertheilung derselben eine Sicherheit der demnächstigen Ausführung seines Willens, wie sie ihm die Zuziehung noch so vieler Zeugen zu einem an sich erorbitanten und rechtlich zweifelhaften Geschäft nicht hätte gewähren können.

Wenn nun das Volk bei der Testamentserrichtung in den Comitien nicht bloß die passive Function eines Zeugen ausübte, sondern abstimmte, als Gegenstand der Abstimmung sich aber nur die Bekräftigung oder Verwerfung des Testamentes denken läßt, so folgt daraus, daß die diesen Akt bezeichnenden Ausdrücke testamentum, testari u. s. w. nicht den Sinn von Zeugniß u. s. w., sondern die oben etymologisch in testis nachgewiesene Bedeutung von „Sicherung" „Garantie" haben, unserer Ansicht also eine bedeutende Unterstützung verleihen.

Der Zweck, im testis des ältesten Rechts einen Privatgaranten des unter seiner Mitwirkung geschlossenen Geschäfts nachzuweisen, führte uns so eben auf einen Fall, in dem diese Garantie für unzureichend erkannt und die des Volks an deren Stelle gesetzt ward. An diesen Fall knüpfen wir im folgenden noch eine Vermuthung über den Uebergang der Privatgarantie in öffentliche Garantie an.

An die Stelle des testamentum in comitiis calatis tritt später das testamentum per aes et libram (d. h. in Mancipationsform). Hatte man sich damit über die ursprüngliche Idee, daß das Testament der Garantie des Volks bedürfe, bereits hinweggesetzt? Eine andere Erklärung liegt nahe. Wenn nämlich die fünf Zeugen der Mancipation, wie allgemein angenommen wird, die Vertreter der fünf Censusklassen des römischen Volks sind, so bleibt das Mancipationstestament jener ursprünglichen

Idee treu, die Kraft desselben beruht dann auf der vom Volk durch seine Vertreter ertheilten Approbation. Es liegt auf der Hand, daß jene Deutung der fünf Zeugen durch Aufdeckung eines Falles, in dem dieselben nachweisbar an die Stelle des gesammten Volks treten, den höchsten Grad der Wahrscheinlichkeit gewinnt. Wenn wir nun mit dieser Idee, daß diese Zeugen das Volk repräsentiren, weiter operiren, so führt sie uns zu dem Resultat, daß die Mancipation [58]) das Mittel ist, um rechtlichen Geschäften auf leichte Weise den Charakter öffentlicher Garantie zu verleihen. Vielleicht pflegte man früher auch für wichtige Dispositionen unter Lebenden ähnlich wie bei Testamenten sich den Schutz des Volks zusichern zu lassen; wie es sich damit aber auch verhält, kurz die durch mancipatio begründeten Rechte stützen sich auf die Autorität des Volks, wir können sie „öffentlich garantirte" nennen. Durch den in der mancipatio eröffneten Weg, einem Recht diese höhere Sanktion zu verleihen, war nun an sich der Grundsatz, daß das Individuum in sich selbst den Grund seines Rechts trägt, nicht aufgehoben, es also Keinem verwehrt, einen Rechtsakt auch in anderer Form als der des Mancipationsrituals vorzunehmen, allein es ist begreiflich, daß die Anwendung des letzteren bei allen wichtigern Gegenständen immer üblicher wurde, und daß im Laufe der Zeit die Unterlassung dieser Form bei einem Geschäft, bei dem sie einmal ganz constant geworden war, als Nichtigkeitsgrund betrachtet wurde. In diesen Fällen wurde jener Grundsatz, daß die individuelle Thatkraft die Quelle des Rechts sei, zurückgedrängt oder wenigstens durch das Requisit einer öffentlichen Anerkennung und Sanktion des Rechts modificirt; für diese Fälle wird also der Begriff des Rechts ein höhe-

58) Es ist bereits oben bemerkt, daß das Nexum nur eine Anwendung der Mancipation auf obligatorische Zwecke enthält, und darum braucht das Nexum nicht besonders genannt zu werden.

rer, das formelle Fundament desselben ein breiteres. Doch hiermit gelangen wir bereits über das ursprüngliche Fundament des Rechts, auf dem wir gegenwärtig noch stehen, über unser Prinzip des subjektiven Willens hinaus und gerathen auf einen Boden, den wir erst in §. 15 betreten werden. Es genügt uns hier, gefunden zu haben, daß die testes im System der Selbsthülfe bei allen durch mancipatio abgeschlossenen Geschäften einen öffentlichen Charakter annehmen. Nicht sie selbst allein verpflichten sich, das unter ihrer Mitwirkung entstandene Recht nöthigenfalls mit zu realisiren, sondern durch sie als seine Vertreter thut dies auch das römische Volk. Kränkung, Verletzung eines solchen Rechts, Widerstand gegen die in Folge derselben vom Berechtigten vorgenommene Selbsthülfe ist daher ein Angriff gegen das römische Volk, ein Attentat gegen die anerkannte Rechtsordnung. Der Berechtigte, der zur Selbsthülfe schreitet, kömmt im Namen des römischen Volks, ausgestattet mit der Macht und Würde, die in unsern Augen einen mit der Ausführung der Gesetze beauftragten Diener des Staats umgiebt. Wen er um Hülfe anspricht, der ist berechtigt und moralisch verpflichtet, sie ihm zu gewähren — vor allem sind es die Zeugen; — wer aber dem etwaigen Widerstandsversuch des Gegners Vorschub leistet, der ist mit letzterem selbst in gleicher Verdammniß. Dieselben Gründe, die heutzutage einen thätlichen Widerstandsversuch gegen die mit Exekution beauftragten Beamten zur größten Seltenheit machen, die Achtung vor dem Gesetz und die Voraussicht der Erfolglosigkeit jenes Versuchs, dieselben Gründe müssen in Rom dasselbe bewirkt haben. Nirgends in der Welt ist der, welcher im Namen des Gesetzes kam, so geachtet gewesen, als hier; daß aber der Glanz, den diese Qualität verleiht, nicht dadurch bedingt ist, ob sie, wie heutzutage, an die ständige Person eines Beamten geknüpft ist, oder wie bei den Römern jeder Privatperson für vorübergehende Zwecke zukommen konnte, daß dieser Glanz also

nicht dadurch, sondern durch das Maß der einem Volke inne wohnenden Achtung vor dem Gesetze bedingt ist — das bedarf keiner weitern Ausführung.

### 3. Vertragsmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten — Das öffentliche Richteramt in seinem Anschluß an das System der Selbsthülfe — Gestalt dieses Systems in späterer Zeit.

XII. Die bisherige Darstellung hat uns zu dem Resultat geführt, daß es im Fall der Zweifellosigkeit eines Rechts der Beihülfe des Staats zur Verwirklichung desselben nicht bedurfte; wir werden sofort sehen, daß der römische Staat noch auf der höchsten Stufe seiner Entwicklung von derselben Annahme ausgieng.

Wie aber, wenn es an jener Voraussetzung eines zweifellosen Rechts gebrach? Konnte auch hier der Staat die Partheien sich selbst überlassen? Hätte das nicht geheißen, sie zu Thätlichkeiten zu provociren und den Zufall zum Richter zu machen? War hier also nicht die Handhabung der Rechtspflege von Seiten des Staats unentbehrlich? So scheint es, allein ich hoffe zeigen zu können, daß dies bloßer Schein ist, das System der unmittelbaren Verwirklichung des Rechts vielmehr auch hier völlig ausreichend war.

Das Bedürfniß einer Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten hat sich nicht überall auf dieselbe Weise befriedigt. Bei einigen Völkern ist es die Gottheit, an die man sich zu diesem Zweck wendet, und die durch Gottesurtheile, Orakel, Loos u. s. w. die Entscheidung abgibt; bei andern ist es die Obrigkeit, die um Hülfe angegangen wird. In beiden Fällen aber unterwerfen sich die Partheien einer höhern Macht. Einen ganz andern Weg hat das römische oder dasjenige Volk eingeschlagen, von dem das römische abstammt, und er ist für die ganze Gesinnungsweise desselben sehr bezeichnend. In histo-

rischer Zeit scheint freilich das römische Volk bereits in den gewöhnlichen Weg der Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten durch den Richter eingelenkt zu haben, allein in der That ist dieser Weg nichts weniger als der gewöhnliche, sondern nur eine Erhöhung und Regulirung des ursprünglichen; der alte Unterbau und die alte Richtung sind beibehalten und schimmern noch an vielen Stellen auf unverkennbare Weise durch. Jener ursprüngliche Modus der rechtlichen Entscheidung bestand darin, daß der vermeintlich Berechtigte sie entweder seinem Gegner selbst überließ, d. h. ihm den Eid zuschob oder ihm proponirte, sie von einem Dritten, dem Schiedsrichter, einzuholen. Ging derselbe darauf ein, so verstand sich das weitere von selbst; die durch den Schiedsrichter oder den Eid bewirkte Entscheidung stützte sich auf beiderseitige Einwilligung, war also für beide Theile bindend, und die Verwirklichung derselben fiel unter die im vorigen Paragraphen aufgestellten Gesichtspunkte. Wie aber wenn der Gegner jeden Vorschlag des Berechtigten zurückwies? Durch diese Weigerung brach er über sich selbst den Stab; denn warum sich weigern, wenn er wirklich von seinem Recht überzeugt war? Er bewies, daß er zur Gerechtigkeit seiner Sache kein Vertrauen hatte, und man that ihm, der dem Gegner damit jede Möglichkeit der Entscheidung abschnitt, kein Unrecht, wenn man in seiner Weigerung ein indirektes Eingeständniß seiner Schuld fand.[59]) Mit der öffentlichen Meinung warf sich auch das physische Uebergewicht bei der Selbsthülfe auf Seiten seines Gegners.

Das Institut der Schiedsrichter sowie der außergerichtliche Eid schlossen das System der Selbsthülfe ab, indem sie dem vermeintlich Berechtigten die Möglichkeit gewährten, entweder

---

59) Man vergleiche die Aeußerung des römischen Juristen in L. 48 de jurejur. (12, 2): manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre.

den Streit zur Entscheidung zu bringen oder wenigstens den Gegner moralisch in die Enge zu treiben und ihn durch seine Weigerung zum indirekten Geständniß seines Unrechts zu zwingen. Beide Mittel waren in Rom noch in später Zeit außerordentlich populär und üblich, beide kehren in solenner Form im römischen Prozeß wieder. In letzterem erblicke ich nichts, als den in feste Formen crystallisirten Niederschlag dieser längst vor ihm bestandenen vertragsmäßigen Entscheidung des Rechtsstreites durch die Partheien selbst. Der außergerichtliche Eid wird zum gerichtlichen; der Schiedsrichter zum öffentlichen Richter, ohne daß beide damit ihr früheres Wesen aufgeben. Die Einführung des Richteramts bezeichnet gegenüber dem eben geschilderten Zustande durchaus keinen Wendepunkt in der Geschichte des Rechts.

---

Das im bisherigen geschilderte System der unmittelbaren Verwirklichung des Rechts ist uns nicht direkt bezeugt, allein im Recht der historischen Zeit schimmert dasselbe, wie ich glaube, noch deutlich genug durch. Letzteres ist nämlich nichts anders, als unser obiges System, nur mit dem Unterschiede, daß dasselbe darin bestimmte Formen angenommen hat, aus dem Zustande der Flüssigkeit und Beweglichkeit in den der Festigkeit übergegangen ist. Bei keinem Volke war der Trieb nach Formen, jener Sinn für strenge äußere Ordnung und Gleichmäßigkeit stärker, als bei den Römern; jede Idee, die bei ihnen auftritt, strebt sofort wenn auch auf Kosten ihres materiellen Gehaltes sich bestimmte Formen anzueignen. Tritt uns nun eine solche Idee, zusammengeschrumpft zu einer engen Gestalt, entgegen, so sollen wir uns dadurch über ihren ursprünglichen Umfang und wahren Sinn nicht täuschen lassen, und um diese Warnung für die vorliegende Aufgabe eindringlich zu machen, habe ich das Recht der historischen Zeit seiner bestimmten For-

men entkleidet und die demselben zu Grunde liegenden Ideen nackt und rein hinzustellen versucht. Der Grund, warum dies geschah, war nicht sowohl der Wunsch über die historische Zeit hinaus einen Blick zu werfen in eine ungekannte Vorzeit, als die Hoffnung, auf diesem Wege das richtige Verständniß des Systems der historischen Zeit sicher zu stellen. Indem wir uns jetzt letzterm zuwenden, soll also als die dasselbe durchdringende Grundanschauung nachgewiesen werden der Gedanke, daß der Urquell des Rechts nicht im Staat, sondern im Individuum liegt, und daß folglich auch die Verwirklichung des Rechts nicht Sache des Staats, sondern des Berechtigten selbst ist. Zu dem Zweck wollen wir 1) den Umfang und die Bedeutung der Selbsthülfe im ältern Recht kennen lernen und 2) nachweisen, daß der römische Prozeß auf der vertragsmäßigen Entscheidung durch die Partheien beruht.

1. Die Selbsthülfe ist im ältern Recht nicht bloß nicht verboten, sondern eine wesentliche Voraussetzung der ganzen Rechtsordnung.

Das Recht der Republik kennt keine Verwirklichung des Rechts von Staatswegen, sondern überläßt sie lediglich dem Berechtigten, geht damit also von der im vorigen Paragraphen begründeten Annahme aus, daß letzterer sich stets die erforderlichen Mittel verschaffen werde, um einen etwaigen Widerstandsversuch des Gegners zu brechen. Nirgends wird meines Wissens des Bedürfnisses oder nur der Möglichkeit einer amtlichen Mitwirkung bei der Privatexekution gedacht.

Es gibt nun zwei Arten der Selbsthülfe, die solenne in Form der legis actio und die formlose. Die solenne, bei der es namentlich des Aussprechens einer gewissen Formel bedarf, ist in Anwendung auf Personen die manus injectio, auf Sachen die pignoris capio. Für beide Fälle stellt das Recht besondere Voraussetzungen auf, die theils die Natur des geltend zu machenden Anspruches, theils dessen formelle Wahrheit

betreffen. Zu diesen Voraussetzungen gehört aber wohl gemerkt nicht die obrigkeitliche Autorisation.[60])

Die pignoris capio war Privatpfändung und fand nur für Forderungen Statt, die eine militärische, religiöse oder politische Beziehung hatten.[61]) Die reguläre Form der solennen Selbsthülfe bestand in der manus injectio; man bemächtigte sich der Person des Gegners, führte ihn mit sich zu Hause und hielt ihn so lange in Fesseln, bis er entweder den Berechtigten zufrieden gestellt hatte oder der Termin, ihn trans Tiberim zu verkaufen, gekommen war.

Die manus injectio fand in einer Reihe von Fällen Statt, die sich unter den Gesichtspunkt bringen lassen, daß der, gegen den sie gerichtet ward, sich selbst für schuldig erklärt hatte, sua sententia damnatus war, nur daß in ähnlicher Weise, wie die Selbsthülfe hier in der solennen Form der manus injectio auftritt, so auch jene Selbstverurtheilung des Schuldigen bestimmte Formen angenommen hat. Dahin gehörte zuerst der Fall der confessio in jure, d. h. wenn der Beklagte gleich bei Erhebung der Klage vor dem Prätor gestand; einer Verurtheilung bedurfte es dann nicht mehr. Dasselbe nehme ich an für den Fall, wenn der Kläger den ihm vom Beklagten zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid abgeleistet hatte,[62]) nur daß auch hier wie dort

---

60) Nach der von Gaius IV §. 29 uns mitgetheilten Regel sollten zwar die Legisactionen in jure d. h. vor dem Prätor vorgenommen werden, allein jene Regel scheint nichts, als die theoretische Abstraction einer spätern Zeit zu sein, denn hinsichtlich der pignoris capio wird ausdrücklich bemerkt, daß sie extra jus vorgenommen wurde, und bei der Beschreibung der manus injectio IV §. 24, 25 vergißt Gaius seine eigene Regel oder stellt wenigstens den Hergang so dar, als ob die Person, an der der Berechtigte die manus injectio vornahm, nisi vindicem dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. Jedenfalls ist aber diese Wiederholung der manus injectio an der Gerichtsstätte nicht mit einer Nachsuchung um obrigkeitliche Autorisation zu verwechseln.

61) Gaj. IV. §. 26—28.

62) In L. 1. quar. rer. (44. 5) heißt es vom Eide: vicem rei judica-

die Wirkung, die ursprünglich dem Eide als solchem zukam, an die Ableistung desselben in jure geknüpft sein mochte. Die Selbstverurtheilung des Beklagten war hier eine bedingte, bedingt nämlich dadurch, daß der Kläger den Eid schwören würde. Ein dritter Fall trat ein hinsichtlich aller Ansprüche, die durch ein in Mancipationsform abgeschlossenes Geschäft begründet waren. Auch hier stützte sich die manus injectio auf das Eingeständniß des Schuldigen, auf ein in solenner Weise vor den Repräsentanten des ganzen Volks abgelegtes Bekenntniß seiner Schuld. Ein vierter Fall war der, wenn der Beklagte der in jus vocatio des Klägers nicht Folge leistete; seine Weigerung sich auf den Prozeß einzulassen wird, wie oben bemerkt wurde, als indirektes Eingeständniß betrachtet. Sodann fand schließlich die manus injectio Statt zum Zweck der Exekution richterlicher Urtheile. Nach der herrschenden Ansicht hätte dieser letzte Fall obenan gestellt werden müssen, denn ihr zufolge ist das richterliche Urtheil die normale Voraussetzung der Exekution, und die übrigen Fälle der manus injectio erscheinen ihr nur als solche, auf die die Kraft des richterlichen Urtheils übertragen ist. Für unsere heutige Zeit und auch für die der klassischen römischen Juristen ist diese Auffassung durchaus richtig, und letztere bezeichnen geradezu Eid und Geständniß als Surrogate des richterlichen Urtheils. Allein ich halte es für grundfalsch, eine solche Auffassung ins ältere römische Recht hinüberzutragen;[63])

---

tae obtinet; non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum; in L. 26 §. 2 de jurejur. (12. 2): proficiscitur ex conventione, quamvis et habeat instar judicii und in L. 2 ibid. sogar majorem auctoritatem habet quam res judicata.

63) Aus Gajus IV. §. 21—23 folgern zu wollen, daß nach dem Vorbilde der manus injectio judicati jede andere im älteren Recht pro judicato genannt worden sei, halte ich für verkehrt. Denn Gajus beschränkt sich bei seiner Darstellung auf die eine species der manus injectio judicati und deren Nachbildungen, und letztere nennt er pro judicato; von den andern Anwendungsfällen der manus injectio im ältern Recht hingegen, von denen

das Verhältniß zwischen dem richterlichen Urtheil und dem Geständniß u. s. w. ist hier gerade das umgekehrte. Das richterliche Urtheil stützt seine Kraft lediglich darauf, daß der Beklagte dasselbe im voraus für verbindlich anerkannt hat. Anstatt daß nach jener Ansicht die Parthei ihr Recht zur manus injectio mittelbar oder unmittelbar erst vom Richter ableiten müßte, empfängt umgekehrt, wie wir gleich sehen werden, letzterer seine ganze Machtbefugniß erst aus der Hand der Partheien.

Der Unterschied der manus injectio von der formlosen Selbsthülfe lag, abgesehen von ihrer Form und ihren Voraussetzungen darin, daß dem, gegen den sie gerichtet war, nicht bloß der factische Widerstand untersagt, sondern auch der Rechtsweg verschlossen war. Die manus injectio entzog ihm, um es mit dem Kunstausdruck zu bezeichnen, die persona standi judicio. Dritte Personen durften ihm bei seinem factischen Widerstandsversuch keine Beihülfe leisten; das einzige Rettungsmittel lag darin, daß Jemand als vindex für ihn auftrat und die rechtliche Statthaftigkeit der manus injectio zum Gegenstand richterlicher Entscheidung machte. Es ist aber bereits im vorigen Paragraphen bemerkt, welcher Gefahr sich der vindex aussetzte; unterlag er, so mußte er zur Strafe für seine unbefugte Einmischung den ganzen Betrag der Schuld entrichten, ohne damit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

In späterer Zeit tritt das Bestreben hervor, die manus injectio immer mehr zu verdrängen oder abzuschwächen. Die alte Idee, auf der sie beruhte, machte bei der steigenden politischen Entwicklung naturgemäß der Ansicht Platz, daß die manus injectio als Exekutionsmittel der richterlichen Autorisation bedürfe, und so finden wir sie zuletzt auf die Exekution richterlicher Urtheile und einen andern singulären Fall beschränkt, bis sie mit dem Legisactionen-System auch hier unterging. In allen

---

einige schon früh unpraktisch wurden z. B. die wegen nexum, spricht er gar nicht.

übrigen Fällen aber hob man sie nach der bekannten Weise der Römer nicht geradezu auf, sondern ließ sie in abgeschwächter Gestalt, als manus injectio pura, fortbestehen. Dem Schuldner ward nämlich erlaubt, wie man es ausdrückte, manum sibi depellere d. h. selbst die Rolle des vindex zu übernehmen, die Statthaftigkeit der manus injectio in eigner Person zu bestreiten. Die manus injectio war damit Einleitungsform eines Prozesses geworden, der sich nur dadurch auszeichnete, daß der Schuldner im Fall seines Unterliegens den doppelten Betrag der Schuld zu entrichten hatte, eine Folge, die ihn daran mahnte, daß mit dem Recht auch die Strafe des alten vindex auf ihn übertragen war.[64])

In dieser jüngsten Gestalt der manus injectio ist nun von ihrer ursprünglichen Bedeutung nichts übrig geblieben, sie hat sich hier völlig der Idee gefügt, daß die Befugniß zur Exekution von der Oberhoheit des Staats abgeleitet werden müsse. Nichts ist aber verkehrter, als diese Idee in die Zeit der XII Tafeln zu verlegen; der Geist des ältern Rechts weist sie überall zurück. Die manus injectio war nichts, als die solenne Selbsthülfe, bedingt durch eine gewisse Evidenz des geltend zu machenden Anspruches und ausgestattet mit einer besonders energischen Wirkung. In dieser Form und Anwendung erscheint die Selbsthülfe im ältern Recht nicht bloß als erlaubt, sondern als unentbehrliche Voraussetzung, als vis agens der ganzen Rechtsordnung.

Dadurch unterscheidet sich nun von ihr die formlose Selbsthülfe, die wir jetzt kennen lernen wollen. Auch sie gewährt in ihrer neusten Gestalt kaum einen Schatten von dem, was sie

---

64) Bezeichnet wird diese Folge mit dem Ausdruck: lis crescit in duplum, und sie ward später auch in Fällen eingeführt, bei denen früher nie eine manus injectio Statt gefunden hatte, so wie sie umgekehrt in Fällen, wo letztere früher bestanden hatte, später weggelassen ward. Im allgemeinen darf man aber den Zusammenhang zwischen der manus injectio und jener Strafe des Läugnens nicht außer Acht lassen.

früher war. Als gegen das Ende der Republik die Bande der Ordnung immer lockerer wurden, und die Gewaltthätigkeiten einen immer großartigeren und gefährlicheren Charakter annahmen, ward es nöthig dem Uebel mit energischen Mitteln entgegen zu treten, und dies thaten die leges Juliae de vi publica und privata von August, indem sie eine Menge von verschiedenen Gewaltthätigkeiten mit schweren Strafen belegten. Späterhin kamen noch Privatstrafen für die Selbsthülfe hinzu, und im neusten Recht ist sie überall, wo sie sich blicken läßt verpönt, mit Ausnahme eines kleinen Kreises, den eine Eigenthümlichkeit der römischen Besitztheorie[65]) ihr erhielt, und den sie heutzutage gleichfalls eingebüßt hat.

Ganz anders im älteren Recht. Die Selbsthülfe wurzelte zu tief in der ganzen ältern Rechtsauffassung, als daß man sie selbst da, wo sie wegen Nichtexistenz des angeblichen Anspruchs unberechtigt war, mit Strafe hätte belegen, sie, die auch in diesem Fall nichts als eine Bethätigung des subjektiven Rechtsgefühls enthielt, zum Delikt hätte stempeln sollen; die einzige Folge, die in diesem Fall eintrat, bestand in der Herausgabe des gewaltsam Entrissenen. Erst wenn der Prätor ausdrücklich die Anwendung der vis untersagt hatte, führte das Uebertreten dieses Verbots nachtheilige Folgen herbei. Umgekehrt aber pflegte der Prätor, ähnlich wie es das Civilrecht in der manus injectio that, zur Selbsthülfe zu autorisiren und zwar in der Weise, daß er durch Interdikt verbot, dem dazu Ermächtigten Gewalt entgegenzustellen (ne vis fiat ei, qui u. s. w.). In dieser prätorischen Autorisation der Selbsthülfe kann ich nur eine spätere Form der Sache finden; bevor der Prätor sich hineinmischte, hatte sich das Leben selbst geholfen.

Auch ohne jede obrigkeitliche Autorisation war aber zur Zeit der Republik die Selbsthülfe in manchen Fällen durchaus statthaft, namentlich zum Zweck der Wiedererlangung des Besitzes.

65) S. Note 67.

Wer eine bewegliche Sache, die ihm abhanden gekommen war, bei irgend einem Dritten antraf, konnte sich unter gewissen Voraussetzungen[66]) derselben gewaltsam bemächtigen; dem gegenwärtigen Innehaber ward jeder Rechtsschutz versagt. Bei unbeweglichen Sachen ging man nicht soweit, sondern verstattete die gewaltsame Dejection nur gegen den, der entweder das Grundstück bloß im Namen des andern detinirte oder, wie man es ausdrückte, ihm gegenüber eine injusta possessio hatte.[67]) Fehlte es an diesen Voraussetzungen, so mußte der Dejicient, ohne daß er mit der Berufung auf sein etwaiges Eigenthum gehört ward, den Besitz vorläufig restituiren.

Es gab aber einen andern Weg, der ihn sicherer zum Ziele führte; er mußte nämlich, anstatt seinem Gegner gewaltsam die Sache zu entreißen, ihn durch Drohungen zu zwingen suchen, daß er selbst ihm dieselbe auslieferte. Das ältere Recht gab dem Gezwungenen keine Klage auf Aufhebung des von ihm eingegangenen Geschäfts, indem es sich durch die Ansicht bestimmen ließ, daß Niemand sich zwingen lassen solle. Aber selbst als der Prätor eine solche Klage eingeführt hatte, lehrten doch noch die römischen Juristen, daß wer gezwungen worden sei zu zahlen oder herauszugeben, was er schuldig war, sich dieser Klage nicht bedienen könne.[68]) Bewies also der Zwingende nur die Existenz seines Rechts, so traf ihn nicht nur keine Strafe, sondern er behielt, was er hatte.

---

66) Im interdictum utrubi waren sie angegeben.

67) Z. B. also gegen den Pächter, Miether, bei beweglichen Sachen gegen den Depositar, Commodatar, Mandatar u. s. w.; ferner gegen den, der sich gewaltsam oder heimlich den Besitz verschafft oder ihn nur auf Widerruf erhalten hatte. Die römische Besitztheorie brachte diese Fälle, in denen nach natürlicher Auffassung eine Selbsthülfe vorliegt, dadurch unter den Gesichtspunkt des Schutzes im Besitz, der Defensive, daß sie den Besitz des Angegriffenen als factische Detention oder fehlerhaften Besitz qualificirte und dem Angreifenden den gegenwärtigen Besitz zuschrieb.

68) L. 1. §. 2. quod met. c. (4. 2). Die wenn auch erzwungene Zahlung der Schuld wurde nämlich nicht als ein erlittener Schaden betrachtet.

Zu der solennen und formlosen Gewalt kömmt endlich noch eine symbolische, nämlich der Scheinkampf im Eigenthumsprozeß.

Der zur Bezeichnung desselben dienende Name vindicatio, so wie die dabei vorkommende vindicta, jener unvermeidliche hier in einen Stab verwandelte Speer, zeigen, daß es sich hier um ein vim dicere d. h. nicht ein „Ansagen", sondern ein „Erscheinen lassen"[69]) von Gewalt handelte; der Akt wird auch mit dem Ausdruck manum conserere, handgemein werden, bezeichnet. Man hat in dieser Aufnahme der Gewalt in den Prozeß die Idee ausgesprochen finden wollen, daß die Gewalt dem Recht weichen müsse, aber man könnte wohl mit mehr Recht sagen: die Selbsthülfe erscheint den Römern als etwas so natürliches und so wenig unrechtes, daß sie dieselbe selbst im Prozeß nicht entbehren können. Jener Scheinkampf enthält weniger eine Verurtheilung der Selbsthülfe, als umgekehrt einen Beleg dafür, wie tief dieselbe in der Volksansicht gewurzelt war. Wie in der mancipatio nach unserer Ausführung im §. 10 die Gewalt als die ursprüngliche Quelle des Eigenthums erscheint, so in der vindicatio als das ursprüngliche Schutzmittel desselben.

Indem wir jetzt die Selbsthülfe verlassen, um uns

2. dem römischen Prozeß zuzuwenden, begleitet uns dasselbe Prinzip des subjektiven Willens, das wir dort in seinem unmittelbarsten Ausdruck kennen lernten, auch fernerhin; die Form ist eine andere, die Sache dieselbe. Wir mußten bereits im bisherigen den Gesichtspunkt andeuten, den wir jetzt durchführen wollen, nämlich daß der Richter des ältern römischen Rechts[70]) nichts

---

69) Die Wurzel dic bedeutet im Lateinischen wie im Sanskrit und Griechischen (δείκνυμι) zeigen z. B. dicis causa, digitus, indicare; dicere sagen ist = zeigen mit Worten. Vindicare aus vim dicere heißt also Gewalt zeigen. S. Pott a. a. O. B. 1 S. 266 und Ottfried Müller im Rhein. Museum für Jurisprudenz B. V S. 190 flg.

70) Daß der Prätor nicht selbst die Sache entschied, sondern den Partheien einen Richter bestellte, war zur Zeit der Republik der gewöhnliche Mo-

ist, als ein Schiedsrichter, den die Partheien sich von der Obrigkeit erbitten. Mit unserm heutigen Richter hat derselbe gar keine Aehnlichkeit. Letzterer leitet seine Machtbefugniß nicht von den Partheien, sondern vom Staat ab, und diese Machtbefugniß besteht nicht bloß darin, das Recht zu weisen, sondern es zu verwirklichen; er hat ein Monopol auf die Exekution.

Von dem ist nun beim römischen Richter keine Rede; was wir bei ihm finden, sind dieselben Functionen, die jedem Schiedsrichter zukommen. Die auffallende Aehnlichkeit beider veranlaßte einen römischen Juristen zu der Bemerkung: compromissum (Wahl eines Schiedsrichters) ad similitudinem judiciorum redigitur.[71]) Für die spätere Zeit mochte es nahe liegen, im Richteramt das Original, im Institut der Schiedsrichter die Copie zu erblicken, für die ältere Zeit wird man das Verhältniß gerade umkehren müssen.

Es mochte öfter vorkommen, daß die Partheien einen Magistrat, der sich durch seine Rechtskenntniß oder Rechtlichkeit auszeichnete, um schiedsrichterlichen Spruch angingen. Die Erfüllung ihres Wunsches von seiner Seite ward ursprünglich als Ehrensache angesehn, zuletzt als amtliche Pflicht. Ueberhäufung mit solchen Aufträgen führte den Magistrat darauf, den Partheien eine andere geeignete Person an seiner Statt vorzuschlagen, sowie manche Streitigkeiten ein für alle Male zurückzuweisen; auch das spätere Recht kargt mit den Klagen, um wie viel mehr das ältere. Der einzige Unterschied zwischen dem gewöhnlichen Schiedsrichter und dem vom Magistrat bestellten oder, wenn er selbst erkannte, ihm selbst bestand darin, daß man ersteren um Uebernahme des Auftrages erst ersuchen mußte, des letzteren hingegen in allen Fällen, wo Sitte oder Gesetz

---

dus, hierin bestand der ordo judiciorum privatorum. Die folgende Ausführung hält sich an diesen Fall; was aber von ihm gilt, muß auch von dem Fall gegolten haben, wenn der Prätor selbst den Prozeß entschied, denn ob er dies mittelbar oder unmittelbar that, war der Sache nach völlig gleich.

71) L. 1. de receptis (4. 8).

seine Mitwirkung eingeführt hatten, gewiß war; im übrigen waren beide sich gleich. Der Schiedsrichter verdankt seine Macht der Wahl der Partheien, ist ein bloßer Mandatar derselben, und seine Function beschränkt sich darauf, Recht zu sprechen, die Verwirklichung desselben bleibt den Partheien selbst überlassen. Ebenso erhält der Richter des ältern römischen Rechts seine Macht nur durch den Auftrag der Partheien. Am evidentsten geht dies daraus hervor, daß ein Prozeß nicht anhängig gemacht werden kann, wenn die Gegenparthei ihre Zustimmung verweigert. Wie sollte eine Entscheidung des Magistrats oder des von ihm bestellten Richters, der sie sich nicht im voraus unterworfen, bindende Kraft für sie haben? Der Streit, den sie mit dem Gegner hat, ist eine reine Privatangelegenheit; wie dürfte der Magistrat ohne Aufforderung von beiden Seiten sich hineinmischen? So kann also, wenn der Beklagte sich weigert, ein Prozeß gegen ihn gar nicht eingeleitet werden; der Kläger muß sich selbst zu helfen suchen und thut dies, wie wir oben sahen, indem er zur manus injectio schreitet. Hatte der Beklagte den Vorschlag des Klägers, richterliche Entscheidung einzuholen, zurückgewiesen, so braucht andererseits letzterer, wenn der Beklagte denselben jetzt wieder aufnehmen will, sich nicht mehr darauf einzulassen; die Selbsthülfe in Form der manus injectio hat ihren freien Lauf.

Kann ein Prozeß nicht ohne den Willen des Beklagten anhängig gemacht werden, so ergibt sich daraus, wie das Verhältniß aufzufassen ist, wenn er sich auf denselben einläßt. Der ganze Prozeß beruht auf dem Vertrage der Partheien. Beide werden sich einig über die Person des Richters, den der Magistrat ihnen bestellen soll, [72]) und versprechen sich unter einander, daß es bei dem Ausspruche desselben sein Bewenden behalten

72) Neminem, sagt Cicero pro Cluentio c. 43, voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.

solle. Die entscheidende Kraft, die dem Richterspruch zukömmt, beruht also nicht darauf, daß er von einem öffentlichen Richter ausgeht, sondern darauf, daß die Partheien dies gewollt haben. Wir können ihren Vertrag als ein bedingtes Versprechen bezeichnen; sie versprechen, daß dem Sieger das werden solle, was der Richter ihm zuerkennen wird.

Die Consequenzen dieser Auffassung sind im ältern Prozeß in aller ihrer Strenge durchgeführt. Die alte Verbindlichkeit gilt als erloschen, folglich kann der Kläger die Klage nicht mehr fallen lassen und eine neue anstellen, und der Beklagte ebensowenig durch Vornahme der geforderten Leistung sich der Verurtheilung entziehen. An die Stelle der alten Verbindlichkeit ist durch den Vertrag der Partheien eine neue, bedingte gesetzt, und sie haben fortan nur auf die Erfüllung der Bedingung zu warten. Da diese neue sich auf einen Vertrag stützt, so nimmt die frühere, wenn sie aus einem Delikt entstand, bei dieser Metamorphose alle Eigenthümlichkeiten der Obligationen aus Verträgen in sich auf, wird z. B. vererblich, während sie dies früher nicht war.

Der Vertrag, der in dieser Weise zum Fundament des ganzen Prozesses gemacht wird, heißt Litis contestatio; er ward vor dem Prätor unter Aufrufung von Zeugen (contestari) abgeschlossen. Man hat die Vertragsnatur der Litiscontestatio bestritten und ihr die „Natur des Prozesses" entgegengestellt, aus der sich schon mit Nothwendigkeit die Folgen der Litiscontestatio ergeben sollten, gleich als wenn die alten Römer die Natur des Prozesses mit unsern heutigen Augen angesehn hätten und nicht vielmehr überall, wo heutzutage Jemanden auch ohne seinen Willen eine Verpflichtung, ein Nachtheil trifft, erst die ausdrückliche, wenn auch indirekt erzwingbare Einwilligung desselben verlangt hätten. Es ist in meinen Augen dem Geiste des ältern Rechts durchaus widerstrebend, daß die Litiscontestatio alle Folgen eines contraktlichen Verhältnisses sollte nach sich gezogen haben, ohne selbst ein Contrakt gewesen zu sein. Man

werde sich nur darüber klar, daß es sich bei derselben nicht um „Unterwerfung" unter den Richter handelte, sondern daß der Richterspruch nichts ist als eine Bedingung, unter der die Partheien sich etwas versprochen haben. Hätten sie ihr Versprechen darauf gestellt, „wenn der X dies und das thun würde", so würde beim Eintritt der Bedingung der Grund der entstehenden Verbindlichkeit nicht in der Handlung des X, sondern in ihrem Versprechen liegen. In derselben Weise ist der Einfluß, welchen die richterliche Sentenz ausübt, auf die Vereinbarung der Partheien als auf ihre wahre Ursache zurückzuführen.

Das Verhältniß der Partheien zu dem Richter ist also nichts weniger als das einer Unterordnung. Seine Qualität als öffentlicher Richter führt eine solche Unterordnung ebensowenig nach sich, als dies heutzutage gegenüber solchen Personen der Fall zu sein pflegt, die vom Staat im Interesse des Publikums zur Betreibung irgend eines Berufes angestellt sind. Der Richter war nichts mehr, als ein in der Kaiserzeit vom Staat mit dem jus respondendi versehener Jurist. Beide waren vom Staat angestellt, um den Partheien durch Ertheilung eines Gutachtens zu dienen.[73]) Darum kann der Richter den Partheien im Lauf des Prozesses nichts auferlegen, sie nicht citiren, keine Strafe für den Fall des Nichterscheinens im Termin androhen u. s. w. Darum findet das Veto der Tribunen, das gegen den mit der Handhabung der Rechtspflege betrauten Magistrat möglich ist, nicht gegen den Richter Statt; er ist gar kein öffentlicher Beamter, sondern ein Schiedsrichter der Partheien, zu dessen Bestellung ein öffentlicher Beamter mitgewirkt hat.

73) Bei beiden wiederholt sich auch derselbe historische Hergang. Wie der Staat das Schiedsrichteramt in seine Hände nimmt, ohne anfänglich das Wesen desselben zu verändern, so auch das Institut der respondirenden Juristen. Neben dem öffentlichen Richter und Respondenten bleiben Schiedsrichter und nicht mit dem jus respondendi betraute Respondenten in Thätigkeit und zwar längere Zeit ohne rechtliche Zurücksetzung, bis endlich letztere erfolgt, und Richter und öffentliche Respondenten im Namen des Staats und mit rechtlich verbindender Kraft Recht sprechen.

Darum endlich ist die richterliche Sentenz kein an die verlierende Parthei gerichtetes Gebot oder Verbot, sondern eine bloße Meinung „sententia", eine Erklärung „pronuntiatio", die der Richter über die Streitfrage abgibt. Am klarsten tritt dies hervor in der ältesten Prozeßform, der legis actio sacramento. Der Prozeß wird hier in die Form einer Wette gekleidet und jede Parthei deponirt eine bestimmte Summe (sacramentum),[74]) deren sie im Fall des Unterliegens verlustig geht. Dem Richter wird diese Wette zur Entscheidung vorgelegt, und er erkennt in der Form, daß er das sacramentum der Parthei, die in seinen Augen Recht hat, für justum, das der andern also für verloren erklärt. Von einer Verurtheilung ist dabei keine Rede, ja der Anspruch, der zum Prozeß Veranlassung gab, wird im Urtheil gar nicht einmal erwähnt; es wird ostensibel über eine ganz andere Frage erkannt, als um die es den Partheien eigentlich zu thun ist, und nur mittelbar wird auch letztere entschieden. Wie wenig aber selbst dieser mittelbaren Entscheidung die Idee einer Verurtheilung inne wohnt, geht am besten daraus hervor, daß die Anwendung dieser Prozeßform in Fällen vorkam, wo eine Verurtheilung oder Exekution undenkbar war, weil es sich gar nicht um einen rechtlichen Anspruch, sondern um den Beweis einer beliebigen Behauptung handelte.[75]) Auch im spätern Recht noch erhielt sich für manche Fälle, namentlich für solche, bei denen die Klage nicht auf Geld und Geldeswerth lautete, eine ähnliche Urtheilsform, die pro-

---

74) Beim religiösen Prinzip kommen wir auf das sacramentum zurück.

75) Valerius Maximus Lib. II. c. 8. no. 74 berichtet uns, daß der Streit zwischen einem Consul und Prätor, wer von beiden das Verdienst einer siegreichen Seeschlacht habe, und wem daher der Triumph hätte bewilligt werden müssen, in dieser Weise zum Gegenstand eines Prozesses gemacht sei; nur daß hier statt der ältern Form des sacramentum die neuere der sponsio benutzt wird. Valerius sponsione Lutatium provocavit: „ni suo ductu Punica classis esset oppressa." Nec dubitavit restipulari Lutatius. Itaque judex inter eos convenit Atilius Calatinus. Letzterer gibt seine Entscheidung mit Worten ab: secundum te litem do.

nuntiatio; der Richter erkannte bloß dahin, daß Jemand servus, libertus, ingenuus u. s. w. sei und überließ es der interessirten Parthei, die daraus folgenden praktischen Resultate zu ziehen und zu verwirklichen.

Neben jenen Urtheilsformen kömmt eine andere vor, die condemnatio, aber erst im neuern Recht. Dort lautet der Richterspruch objektiv, der Parthei bleibt es überlassen, die praktischen Folgerungen zu ziehen und erforderlichen Falls sich über die litis aestimatio, die Schätzung des zugesprochenen Objekts, zu einigen, hier hingegen faßt der Richter seinen Spruch relativ, er verurtheilt den Beklagten und zwar verbindet er damit bei allen Klagen, die auf ein in Geld schätzbares Objekt gehen, sogleich die litis aestimatio, d. h. er verurtheilt von vornherein in Geld.

Der Richter des ältern Rechts legt also dem Beklagten nichts auf, erläßt keinen Befehl an ihn im Namen des Staats, sondern er kömmt den Partheien bloß mit seiner Rechtskenntniß zu Hülfe. Die Sprache hat das Verhältniß der richterlichen Thätigkeit zu der des Klägers treffend ausgedrückt. Der Richter soll bloß das Recht weisen (dicere, s. Note 69), daher judex genannt, und er thut dies, indem er seine Meinung (sententia) abgibt. Der Kläger hingegen ist der Handelnde (actor);[76]) er „handelt" wirklich, denn er legt „Hand" an (manum injicere, conserere; vindicare), je nach Verschiedenheit des Prozesses an Person oder Sachen (agere in personam, in rem). Unser heutiger Richter hingegen „richtet", d. h. er ist der Handelnde, der „Kläger" hingegen handelt nicht, sondern er „klagt" dem Richter sein Leid, damit letzterer ihm helfe. Um Hülfe ist es dem römischen Kläger nicht zu thun; in allen Fällen, wo sein Recht zweifellos ist, bedarf er des Richters gar nicht, sondern schreitet so-

76) Auch in jurgare, litigare ist dies agere, nur muß man das zweite Wort nicht als Zusammenziehung von litem agere, sondern von lite agere (wie jurgare von jure agere) bezeichnen.

fort zur manus injectio. Das römische Richteramt ist also nur eingeführt, um für zweifelhafte Fälle den Partheien Gelegenheit zu geben, sich das Recht weisen zu lassen. Der Richterspruch aber übt keine Wirkung aus, die die Partheien nicht ebenso gut auf anderm Wege erreichen könnten, und der Grund, warum ihm überhaupt eine entscheidende Wirkung zukömmt, liegt nicht im öffentlichen Charakter des Richteramts, sondern im Willen der Partheien. Der Richter ist also nichts als ein Schiedsrichter (arbiter), und es gab eine unendliche Menge von Fällen, in denen er officiell mit diesem Namen bezeichnet wurde.

---

Wenn wir jetzt einen Rückblick werfen wollen auf den Weg, den wir in den letzten drei Paragraphen zurückgelegt haben, so führte uns derselbe von jenem niedrigsten Punkte an, wo Recht und Gewalt noch zusammen fallen, der Erbeutung vom Feinde, durch die Selbsthülfe hindurch bis zur Organisation der Rechtspflege, aber es blieb uns doch eine und dieselbe Idee beständig zur Seite, jene Idee nämlich, daß persönliche Thatkraft die Mutter und darum auch die legitime Beschützerin des Rechts ist. Diese Thatkraft ist nicht die nackte, physische Gewalt, sondern die reale Bewährung der Persönlichkeit, eine im Dienste der Rechtsidee thätige Kraft, ja das Prinzip des Privatrechts selbst in seiner ursprünglichen Frische und Energie.

Jene Idee erscheint nun als das äußerste Minimum, mit dem die Rechtsbildung beginnen kann, als absolut erste Production des Rechtsbewußtseins überhaupt, und darum durfte und mußte sie an die Spitze unserer ganzen Darstellung gesetzt werden. Aus diesem schwachen Keim heraus hat sich auch bei andern Völkern das Recht entwickelt, aber nicht überall sind wir so glücklich, wie im vorliegenden Fall, an der Blüthe und der reifen Frucht noch den ursprünglichen Keim nachweisen zu können. Unvermögend, jene Idee auf die Dauer mit der steigenden

Entfaltung des Staats-Prinzips zu versöhnen, hat manches Volk dieselbe fallen lassen und in demüthiger Erniedrigung des persönlichen Selbst- und Rechtsgefühls den Staat als Schöpfer und Vormund des subjektiven Rechts hingestellt. Aber in der römischen Rechtsanschauung — Dank sei es ihrer unverwüstlichen Natur und jenem männlichen Selbstgefühl der Römer — wurzelte diese Idee fester, und der juristische Instinkt der Römer wußte dieselbe so zu gestalten, daß sie selbst mit der höchsten Entwicklung des Staats sich vertrug. Dies gestaltende Talent bewährte sich vor allem daran, daß jene Idee von vornherein in feste Formen getrieben wurde. Diese Formen mochten im Laufe der Zeit immer enger werden, mit jeder Verjüngung ihrer Form mochte die Idee selbst an ihrer ursprünglichen Schärfe einbüßen, aber trotzdem bleibt sie Jahrhunderte lang der rothe Faden, der sich durch das ganze Recht hindurch zieht.

Wir gehen jetzt zum Prinzip des ältesten Staats über und werden bei der Darstellung desselben untersuchen, wie unsere Idee sich zu demselben verhält. Eine exaggerirende Auffassung dieses Prinzips, die dasselbe mit dem patricischen Recht identificirte, hat dahin geführt, jene durch und durch national-römische Anschauung, jene Uridee eines jeden Rechts für die älteste Zeit Roms zu läugnen und dieselbe, indem sie nur den Ausdruck plebejischer Sinnesweise enthalten soll, erst mit dem Erstarken des Plebejerthums auftreten zu lassen. Diese Ansicht hat keinen weitern Grund für sich, als die vorgefaßte Meinung, daß jene Idee mit dem Prinzip des ältesten Staats unverträglich gewesen. Ich hoffe zeigen zu können, daß diese Meinung auf einem Irrthum beruht, der römische Geist vielmehr von Anfang an die Kraft besessen hat, beide Prinzipien, das des Privatrechts und des Staats, aus sich hervorzutreiben und beiden gerecht zu werden.

## II. Familienprinzip und Wehrverfassung, die Faktoren der organisirten Gemeinschaft.

### Vorbemerkung.

**XIII.** In der Rechtsanschauung, die wir bisher erörtert haben, lag gleichmäßig eine negative und positive, eine abstoßende und vereinigende Kraft. Eine negative und abstoßende, insofern sie den Fremden als rechtlos, ihn selbst und alle seine Habe als Gegenstand der Erbeutung hinstellt; eine positive und vereinigende Kraft, insofern sie die Verwirklichung des Rechts lediglich dem Subjekt überläßt und damit dasselbe veranlaßt, sich fremder Hülfe zu versichern, die Gemeinschaft zu suchen. Gerade jene Feindseligkeit, die der Idee des Rechts ursprünglich inne wohnt, kettet, so parador dies klingt, die Gemeinschaft um so fester; die Rechtlosigkeit des Menschen erzeugt die Rechtsfähigkeit des Bürgers. Indem wir die weitere Ausführung dieses Gedankens dem §. 16 vorbehalten müssen, genügt hier die Bemerkung, daß unser Prinzip des subjektiven Willens bereits den Keim staatlicher Gemeinschaft in sich trägt und uns zur Betrachtung desselben den Weg bahnt.

Das Schutzbedürfniß führt zur Gemeinschaft, aber im Laufe der Zeit wirkt letztere auf das subjektive Rechtsprinzip im hohen Grade zurück. Ist dies schon im ältesten römischen Recht der Fall, erscheint hier mit andern Worten der Staat noch als eine bloße Vereinigung gleichberechtigter Individuen, eine Verbrüderung zum Schutz und Trutz oder beruht er, wie der heutige, bereits auf Ueber- und Unterordnung? Die Frage ist von großer Wichtigkeit, und es ist nichts verkehrter, als den altrömischen Staat, weil in ihm ein König, gesetzgebende, richterliche Gewalt u. s. w. auftreten, mit unserm heutigen auf eine Linie zu stellen. Das wesentliche sind die Ideen, worauf die königliche, gesetzgebende Gewalt u. s. w. sich stützen, und sie können in

verschiedenen Verfassungen himmelweit auseinander gehen. Hinsichtlich der richterlichen Gewalt habe ich im vorigen Paragraphen darzuthun gesucht, daß sie nicht aus der Idee staatlicher Ueberordnung, sondern aus dem Prinzip des subjektiven Willens hervorgegangen ist; schon dies eine Beispiel muß uns behutsam machen, uns lehren, daß wir uns nicht dabei beruhigen dürfen, im alten römischen Staate die wesentlichen Bestandtheile des heutigen wiedergefunden zu haben, sondern daß wir vor allem den specifisch-staatlichen Gehalt derselben einer Prüfung unterwerfen müssen.

Dies soll nun im nachfolgenden geschehen, und ich hoffe zeigen zu können, daß dieser Gehalt, nämlich die Idee der Unterordnung der Individuen unter die Staatsgewalt, ein außerordentlich geringer ist, sich nämlich beschränkt auf das militärische Interesse. Die Idee der Unterordnung erscheint meiner Ansicht nach in Rom ursprünglich zuerst im Heerwesen. Eine unabweisbare Nothwendigkeit schließt hier das Verhältniß der Coordination der Individuen aus und setzt das der Subordination an deren Stelle. Im übrigen aber, soweit diese Rücksicht nicht entgegentritt, ist Coordination das reguläre Verhältniß der Gemeinschaft, und sowohl die gesetzgebende als strafrichterliche und polizeiliche Gewalt fügen sich diesem Gesichtspunkt.

Die Form dieses coordinirten Verhältnisses wird bestimmt durch das Familienprinzip, es ist die des Geschlechterstaats. Die älteste römische Verfassung enthält sonach eine Combination zweier Prinzipien, eines coordinirenden, des Familienprinzips, und eines subordinirenden, der Wehrverfassung. Der älteste Staat steht mit seinen Füßen im Familienprinzip, mit seinen Spitzen und Mittelgliedern in der Wehrverfassung, d. h. die Gentes und die Stellung der Individuen innerhalb derselben werden durch jenes Prinzip, die Curien, Tribus mit dem König und den Vorständen sämmtlicher Genossenschaften durch das militärische Interesse bestimmt. Wir wollen, bevor wir die Gestalt, die diese beiden Prinzipien dem römischen Staat und Recht

gegeben haben, kennen lernen, dieselben einer flüchtigen allgemeinen Betrachtung unterwerfen.

Die Familie oder die verwandschaftliche Verbindung ist auf den höhern Stufen der Rechtsbildung wenigstens in ihren entfernteren Schwingungen ein durchaus freies Verhältniß der individuellen Liebe. Von wesentlicher Bedeutung für den Staat sind nur die zwei engsten Familienverhältnisse, die Ehe und das elterliche Verhältniß, und hinsichtlich ihrer ist er berechtigt und verpflichtet, selbst durch Rechtsvorschriften, soweit dies möglich ist, dafür zu sorgen, daß diese beiden Hauptquellen der Sittlichkeit nicht getrübt werden. Ueber diese beiden Kreise hinaus überläßt der Staat die Familie sich selbst, ihrer eignen sittlichen Lebenskraft d. h. der Liebe. Die Erfahrung aber zeigt, daß diese Lebenskraft eine schwache ist. Mit jeder Generation werden die Schwingungen einer Familie weiter; neue und engere Bande beeinträchtigen die ererbten, und mit der rasch abnehmenden Liebe und der Pflege der Verwandschaft verliert sich allmählig auch die Erinnerung derselben.

Ganz anders auf den niedrigen Stufen des staatlichen Lebens. Es läßt sich im allgemeinen der Satz aufstellen, daß die äußere, rechtliche Organisation der Familie im umgekehrten Verhältniß zur Reife der Staatsentwicklung steht; je unvollkommner letztere, desto ausgebildeter jene und umgekehrt. Der Grund liegt auf der Hand. Im entwickelten Staat hat die Familie weder für ihn selbst, noch für das Individuum ein rechtliches Interesse; der Staat steht im unmittelbaren Verhältniß zum Einzelnen, und letzterer besitzt an ihm seinen rechtlichen Schutz. Wo aber der Staat erst in der Bildung begriffen und darum unvermögend ist, rechtliche Hülfe zu gewähren, da befriedigt sich das Bedürfniß derselben durch ein gegenseitiges Schutz- und Trutzbündniß der einzelnen Individuen, und zwar liegt es am nächsten, das bereits von der Natur selbst dargebotene Verhältniß der Familienverbindung dazu zu verwenden. Letztere erlangt auf diese Weise durch die Hülflosigkeit des Staats

eine ganz andere Stellung und Bedeutung und eine ganz andere Festigkeit, als ihr im entwickelten Staat zukömmt; sie dient als Surrogat des Staats, und nimmt als solches bedeutende politische Elemente in sich auf.

Im Laufe der Zeit verwandelt sich die durch das staatliche Prinzip bestimmte Familie in einen durch das Familienprinzip bestimmten Staat. Mehre Familien vereinigen sich, eine Familie erweitert sich zu einem Geschlecht oder Stamm, der seinerseits sich wieder in mehre Zweige, Geschlechter und Familien spaltet. So entsteht der Geschlechterstaat, ein Geschiebe von kleinern oder größern compakten Einheiten, die ursprünglich die Verwandschaft zum Prinzip hatten. Die Verbindung dieses Geschlechterstaates ist ungleich loser, als die jener kleineren Kreise in sich. In letzteren liegt die eigentliche Lebenskraft der Verfassung; sie sind Staaten im Kleinen, die sich zu einem Staatenbund vereinigt haben.

Der Geschlechterstaat in seiner Jugendkraft bezeichnet nicht bloß eine bestimmte Form staatlicher Verbindung, sondern eine bestimmte Stufe der gesammten politischen und rechtlichen Entwicklung. Einerseits gibt die politische Function der Familie ihr auch in privatrechtlicher Beziehung eine eigenthümliche Gestaltung, die wiederum auf das Vermögen zurückwirkt. Andererseits aber influirt die privatrechtliche Natur dieses Verhältnisses auf den Staat selbst und die ganze politische Gesinnungsweise. Dies bewährt sich auch in der exclusiven Stellung des Staats nach außen hin. Da nur derjenige politisch berechtigt ist, der zu einem Geschlecht gehört, die Geschlechter also die Pforten des Staats sind, so wird der Einlaß Fremder in den Staat sehr erschwert; er setzt ja Aufnahme in die enge, über die bloß politischen Interessen weit hinausreichende Verbindung eines Geschlechts voraus.

Findet nun eine Reception Fremder auf das Staatsgebiet ohne Aufnahme in die Geschlechter in einem irgend erheblichen Maße Statt, so liegt in diesem Verhältniß der Keim

einer reichen politischen Entwicklung. Je mehr die Klasse dieser Staatsangehörigen, die von der activen Theilnahme am Staat ausgeschlossen sind und sich als Unterthanen des herrschenden Standes bezeichnen lassen, an numerischer Stärke und Wohlstand zunimmt, um so mehr strebt sie, ihre rechtliche Stellung zu verbessern, und diese Bestrebungen mit der ewigen Friction, die sie hervorrufen, sind für die ganze Rechts- und Staatsentwicklung von den wohlthätigsten Folgen. Sie spornen auf beiden Seiten die vorhandenen Kräfte auf ihr höchstes Maß und erschließen eine unversiegbare Quelle politischer Intelligenz und Thatkraft. Es ist dies Verhältniß treffend verglichen[77]) mit „zwei aufeinander gefügten Mühlsteinen, durch deren Bewegung das wahre politische Leben erst hervortritt"; man könnte auch auf die Funken verweisen, die dem Feuerstein entsprühen, wenn der Stahl ihn trifft.

Neben dem Geschlechterstaat gibt es noch einen andern Ausfluß des Familienprinzips, den patriarchalischen Staat. Der Unterschied beider liegt darin, daß die Familie dort bloß zur rechtlichen Basis des Staats gemacht wird, hier aber den Prototypus der ganzen Verfassung und Verwaltung gewährt. Das Verhältniß der staatlichen Unterordnung ist dem der Kinder zum Vater nachgebildet, die Macht des Staatsoberhauptes ist eine erweiterte väterliche Gewalt und wird in diesem Geiste gehandhabt. Beide Ausflüsse des Familienprinzips können in einer und derselben Staatsverfassung zusammentreffen; der Geschlechterstaat begründet dann das Verhältniß in der „Seitenlinie", die politische Verbrüderung; der Patriarchalstaat das Verhältniß in „auf- und absteigender Linie", die politische patria potestas.

---

77) Von Göttling Geschichte der röm. Staatsverf. S. 285. Wenn er aber hinzufügt: „bis der härtere Stein des plebejischen Prinzips den weicheren des patricischen mürbe gerieben hatte", so mag diese Vertheilung der Härte und Weichheit für die beiden Mühlsteine durchaus zutreffen, für Patricier und Plebejer aber nichts weniger, als das.

Es ist nun bemerkenswerth, daß dieser zweite Ausfluß des Familienprinzips in Rom nicht oder nicht mehr hervortritt. Die Punkte, die er sonst einnehmen würde, nämlich die der Ueber- und Unterordnung, fallen hier der Wehrverfassung zu. Die Wehrverfassung steht auf der Stufenleiter von Formen der staatlichen Gemeinschaft höher, als die Familienverfassung; insofern sie nämlich erstens nicht ein bloßes Naturprodukt, sondern ein Werk menschlicher Ordnung und Einsicht ist, und zweitens trotz der härtern Disciplin, die sie in den Staat hineinbringt, doch der privatrechtlichen Freiheit einen größeren Spielraum gewährt, die politische und privatrechtliche Existenz des Individuums nicht in dem Grade vermengt, wie dies in der Familienverfassung geschieht. Sie tritt als Form des Staats nicht selten auf, namentlich gern in Verbindung mit dem Grundeigenthum, nämlich im Lehnsstaat wie z. B. bei den Germanen und Osmanen, und dann auch wie in Rom und bei den Germanen zur Zeit ihres ersten Auftretens in der Geschichte in Verbindung mit dem Familienprinzip. Mit dem Patriarchalstaat ist sie incompatibel; die demselben eigenthümliche Vererbung der Staatsämter würde ihrem Interesse schnurstracks entgegenlaufen, und ebenso ist auch die staatliche Unterordnung, die beide begründen, ihrem Geist nach eine völlig verschiedene. Es liegt die Vermuthung nahe, daß wo wir, wie bei den alten Römern und Germanen, die Wehrverfassung in Verbindung mit dem Geschlechterstaat auftreten sehen, erstere den Patriarchalstaat verdrängt hat. Der ursprünglich diese beiden Ausflüsse des Familienprinzips in sich vereinigende Familienstaat erwies sich bei fortgesetzter kriegerischer Lebensweise unzureichend. Das militärische Interesse war prädominirend und bewirkte, daß die erblichen Würden des Patriarchalstaats den nach persönlicher Tüchtigkeit vergebenen militärischen Aemtern Platz machten, die Geschlechtereintheilung aber sich den Anforderungen der Wehrverfassung fügte.

Indem wir uns jetzt unserer eigentlichen Aufgabe zuwenden, bemerken wir, daß dieselbe nicht bloß darin besteht, darzuthun,

daß der ältere römische Staat auf dem Familienprinzip und der Wehrverfassung beruhte, sondern ebensowohl darin den Einfluß nachzuweisen, den diese beiden Motive auf das ganze Recht ausgeübt haben. Wir befolgen dabei folgende Anordnung:

1. Das Familienprinzip.
   a. das Wesen der Gentilverbindung §. 14.
   b. Stellung des Individuums zur Gemeinschaft §. 15.
   c. Stellung außerhalb der Gentilverbindung §. 16.
2. Der Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht §. 17.

## 1. Das Familienprinzip.

**Die Gentilverbindung — Die Gens eine Familie im Großen und ein Staat im Kleinen — Einfluß auf das gesammte Recht.**

XIV. Der römische Geschlechterstaat gleicht einer Pyramide. Die Basis desselben bilden dreihundert Gentes, die in pyramidalischer Abstufung zuerst in dreißig Curien, sodann in drei Tribus und endlich in die persönliche Spitze des Ganzen, den König, zusammenlaufen. Nur die Gentes stehen hier zur Betrachtung; es ist bereits im vorigen Paragraphen bemerkt, daß nur sie dem Familienprinzip, die Curien und Tribus aber sowie das Königthum der Wehrverfassung angehören. Daß die Gentes in der That auf dem Familienprinzip beruhen, ist zwar in Abrede gestellt, allein man hat dabei auf Unwesentliches Gewicht gelegt. Ob nämlich alle Mitglieder einer Gens wirklich denselben Stammvater gehabt haben, ob die Idee der Verwandschaft sich im Laufe der Zeit völlig verloren und die Gens sich in eine gewöhnliche politische Corporation verwandelt hat, das ist gleichgültig. Das wesentliche ist, ob die Gens in ihrem ganzen Geist und Zuschnitt ursprünglich auf der Idee der Familienverbindung beruht, und ein Blick, sollte man sagen, müßte dies

zur Evidenz erheben. Die Sprache gibt uns in der Bezeichnung gens, Geschlecht, den deutlichsten Fingerzeig. [78])

Wir wenden uns zuerst der inneren Organisation der Gens zu und fassen das Resultat der folgenden Ausführung in den Satz zusammen, daß die Gens die Identität der Familie und des Staats ist, sich, wie man es will, als eine Familie mit staatsrechtlichem Charakter und als ein Staat mit familienartigem Charakter bezeichnen läßt. Sie geht hervor aus der Familie und bewahrt sich die Innigkeit dieser Verbindung; indem sie aber andererseits eine politische Größe wird, wirkt diese ihre politische Seite ebenso sehr auf ihre familienrechtliche Seite zurück, wie letztere auf jene. Beide Seiten laufen so in einander über, daß eine genaue Scheidung derselben kaum möglich ist.

Da die Gentilitätsverbindung schon früh ihre wesentliche Bedeutung verlor, so ist es nicht zu verwundern, daß unsere Nachrichten über sie nur dürftig und unvollständig sind. Aber es ragen doch noch einzelne erhaltene Punkte hervor, aus denen sich mit Hülfe sonstiger historischer Analogien und der inneren Consequenz der Sache selbst das Wesen jener Verbindung bestimmen läßt. Wir wollen diesen Versuch machen.

Die Verbindung, die die Gens begründet, umfaßt die ganze Existenz des Einzelnen; alle Interessen, die sein Leben bewegen, weisen ihn auf sie zurück und finden innerhalb ihrer theils ihre ausschließliche Befriedigung, theils wenigstens Anknüpfungspunkte. Die Verehrung der Götter wie der Waffendienst und die Ausübung politischer Thätigkeit führt die Gentilen stets wieder zusammen. In den heiligsten und ernstesten Momenten des Lebens, im Tempel wie auf dem Schlachtfelde, stehen sie sich zur Seite; Schande und Ehre, Glück und Unglück ist gemeinsam. Der Glanz und der Ruhm der Gens kömmt dem Ein-

---

78) Gens, genus vom Sanskr. dschan, geboren werden. Der Name decuria bezeichnet die gens von Seiten ihrer Stellung in der Wehrverfassung. S. §. 17.

zelnen zu Gute, wie umgekehrt seine Thaten auf sie Schatten oder Licht werfen. Darum nimmt die Gens an den Schicksalen und Handlungen des Einzelnen das lebendigste Interesse; er steht ja zu ihr nicht in dem losen Verbande eines Corporationsmitgliedes, das nur gemeinsame Rechte mit ihr auszuüben hat, sondern in dem eines Familienmitgliedes, dessen Wohl und Wehe, Schande und Ehre die ganze Familie berühren.

Dies äußert sich auf doppelte Weise, nämlich theils in dem Anrecht, das der Einzelne an die Gens, theils in dem, das sie an ihn hat. Jenes besteht in dem Anspruch auf Schutz und Unterstützung, dieses in den Beschränkungen, denen der Einzelne im Interesse der Gens unterworfen ist.

Die gegenseitige Unterstützungspflicht der Verwandten ist einer der natürlichsten und regulärsten Ausflüsse des Familienprinzips. Die Form, in der, und das Maß, bis zu dem sie Statt findet, ist bei verschiedenen Völkern verschieden; so steigert sie sich bei einigen bis zur Blutrache, bei andern wie z. B. den Germanen äußert sie sich in der Verpflichtung, einen Antheil am Wehrgeld beizusteuern. 79)

Was nun den Umfang dieser Verpflichtung im ältesten römischen Recht anbetrifft, so wird zunächst die Annahme einer rechtlichen Vertretungspflicht schwerlich auf Widerspruch stoßen. Ein Anwendungsfall derselben ist uns ausdrücklich bezeugt, nämlich die Vormundschaft. 80) Fehlte es nämlich an einem Vormunde, so traten zur Aushülfe die Gentilen ein. Dies ist begreiflicherweise nicht so zu verstehen, als ob sämmtliche

---

79) S. von Sybel Entstehung des deutschen Königthums S. 20 und flg. und Waitz deutsche Verfassungsgeschichte B. 1 S. 212—215 u. Beil. 1 von der s. g. Gesammtbürgschaft.

80) Cicero de invent. II. 50 nennt zwar nur die cura prodigi, es kann aber schon wegen des durchgehenden Parallelismus zwischen Erbrecht und Vormundschaft keinem Zweifel unterliegen, daß die Gentilen, wie sie hinter den Agnaten zur Erbschaft, so auch hinter ihnen zur Tutel gerufen waren. S. des weitern Rudorff das Recht der Vormundschaft B. 1 S. 210 u. flg.

Mitglieder der Gens die Vormundschaft geführt hätten, sondern durch ein Dekret derselben wurde sie einem unter ihnen übertragen. Die Vorsorge der Gens beschränkte sich aber nicht bloß auf die Bestellung des Vormundes, sondern schloß ohne Zweifel auch eine Beaufsichtigung desselben in sich. Dem unfähigen und verdächtigen Vormund gab die Gens auf, sein Amt niederzulegen oder zu cediren; sträubte er sich, so konnte sie ursprünglich gewiß selbst seine Absetzung verfügen, im spätern Recht aber dieselbe dadurch herbeiführen, daß sie Einen aus ihrer Mitte zur Anstellung der actio suspecti tutoris veranlaßte. Diese Klage war eine Popularklage, die jeder aus dem Volk erheben konnte, und das ältere Recht kennt noch einige andere, mittelst deren Jemand in gleicher Weise das Interesse einer andern Person wahrnehmen kann. Sie bilden zu der Strenge, mit der dies Recht im übrigen an der Sachlegitimation festhält, einen auffallenden Gegensatz, und ich bin geneigt, sie als Ausflüsse des Familienprinzips aufzufassen.[81]) Wenn Jemand außer Stand war sich selbst zu vertheidigen und dem Mangel durch Bestellung eines Vormundes nicht abzuhelfen war, so lag es, wenn nicht die nächsten Verwandten sich seiner annahmen, der Gens ob, ihm den nöthigen Schutz zu ertheilen. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn er sich in feindlicher Gefangenschaft befand. Sein zurückgelassenes Vermögen war hier ohne Aufsicht, es bedurfte offenbar eines Schutzes. Das spätere Recht gewährt denselben in Form einer Popularklage,

---

81) Die spätern römischen Juristen nehmen an, daß das ältere Recht hier seinen Grundsatz: nemo alieno nomine lege agere potest verlassen habe. Allein nach der im Text versuchten Anknüpfung dieser Klage an die alte Gentilverfassung würde die vermeintliche Singularität verschwinden. Die Gens ist nicht irregulärerweise berechtigt, für ihr hülfloses Mitglied eine Klage erheben zu lassen, sondern sie ist verpflichtet, sich seiner anzunehmen. Die angestellte Klage macht also zunächst Recht und Pflicht der Gens selbst geltend, und nur mittelbar kömmt sie dem Interessirten zu Gute.

der actio furti gegen jeden, der Sachen aus diesem Vermögen entwandt hat; im ältesten Recht ersetzte die Gentilitätsverbindung diesen Mangel. Hierher gehört ferner der Fall, wenn ein Gentile unrechtmäßigerweise in Rom selbst in Haft gehalten wurde, sei es als angeblicher Sklave oder wegen behaupteter Schuld. Trat hier nicht aus eignem Antriebe Jemand als vindex libertatis auf, so war es Sache der Gens, für die Bestellung eines solchen Sorge zu tragen. Sie verfolgt damit nicht bloß ihr eignes Interesse, sondern erfüllt zugleich eine ihr obliegende Pflicht. Derselbe Gesichtspunkt wird, wenn eins ihrer Mitglieder erschlagen, und kein näherer Verwandter vorhanden oder fähig war, ihn zu rächen, ihr das Rächeramt übertragen haben. Noch in späterer Zeit wird es den Verwandten zur Pflicht gemacht, in rechtlichem Wege den Mörder zu verfolgen; was aber in späterer Zeit in Form der Klage bewirkt wird, geschah ursprünglich in Form der Selbsthülfe. In einer Einrichtung, die auf ein angebliches Gesetz des Numa zurückgeführt ward, läßt sich noch eine Spur der alten Blutrache erkennen.[82]) Wenn Jemand einen andern aus Versehn getödtet hatte, so mußte er den Verwandten desselben einen Widder stellen; es war der Sündenbock, an dem sie statt seiner die Todesstrafe vollzogen.[83]) Das vergossene Blut forderte wieder Blut; hatten die Verwandten im Fall des unvorsätzlichen Todtschlages diese Forderung geltend zu machen, so galt das um so eher im Fall des Mordes.

---

82) Serv. ad Virg. Eclog. IV. 43. In legibus Numae cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem pro capite occisi agnatis (nach der glücklichen Conjektur von Huschke statt des handschriftlichen et natis) ejus in concione offerret arietem.

83) Fest. Subigere arietem in eodem libro Antistius esse ait dare arietem, qui pro se agatur, caedatur. Ueber den Zweck des Opfers laufen die Ansichten freilich sehr auseinander. S. Rein das röm. Kriminalrecht S. 403. Die im Text vorgetragene ist die von Platner Quaest. de jure crimin. p. 37.

Wie das Unvermögen des einzelnen Gentilen, sich selbst zu rächen oder sein Recht geltend zu machen, die Gens zur Rache oder zum Beistand verpflichtete, so legte auch pekuniäres Unvermögen desselben ihr die Verpflichtung zur Unterstützung auf. Die Klassiker[84]) bezeugen uns dies für den Fall des Loskaufes aus feindlicher Gefangenschaft, für schwere, ungewöhnliche Staatsabgaben und selbst für die über ein einzelnes Mitglied verhängten Geldbußen. Ob diese Verpflichtung mehr sittlicher, als juristischer Art war, ob sie im letztern Fall sogar, wie dies bei den Germanen hinsichtlich der Pflicht, einen Theil des Wehrgeldes zu entrichten, Statt fand,[85]) von dritten Personen geltend gemacht werden konnte, ob sie also mit andern Worten eine eventuelle Haftungspflicht der Gens in sich schloß, läßt sich nicht bestimmen. Dagegen darf man annehmen, daß es ein Ehrenpunkt für die Gens war, ihre durch unverschuldete Armuth in Noth z. B. in Schuldhaft gerathenen Mitglieder nicht im Stich zu lassen. Ob sie in feindlicher Gefangenschaft oder in Rom selbst im Kerker schmachteten und den Verkauf trans Tiberim zu gewärtigen hatten, war in der That gleichgültig.

Die erforderliche Beisteuer mochte theils durch freiwillige Beiträge aufgebracht, theils durch ein Dekret der Gens ausgeschrieben werden. Es ist denkbar, daß auch das Vermögen der Gens, worüber nachher ein mehres, für solche Zwecke in Anspruch genommen ward.

Diese gegenseitige Unterstützungspflicht, man möchte sie eine Assekuranz gegen Noth und Unbill nennen, gab den Patriciern den Plebejern gegenüber ein außerordentliches Uebergewicht. In dieser privatrechtlichen Verbrüderung lag vielleicht ebenso

---

84) S. die Zeugnisse bei Walter Röm. Rechtsgesch. Buch 1 Kap. 2. Anm. 40—42.

85) Das angelsächsische Recht ist in dieser Beziehung am weitesten gegangen, indem es neben den Verwandten die gegyldan d. h. nach Sybels treffender Bezeichnungsweise die Ersatzmänner der alten Gentilen, zu einem Dritttheil, eventuell zur Hälfte des Wehrgeldes heranzog.

sehr der Grund ihrer unverwüstlichen Widerstandskraft, als in ihrer dominirenden staatsrechtlichen Stellung.

Es liegt auf der Hand, daß diesem Anrecht, das der Einzelne an der Gens hatte, Beschränkungen und Verpflichtungen von seiner Seite correspondiren mußten. War er auf die Gens, so war sie wiederum auf ihn verwiesen; beide Seiten dieses Verhältnisses waren Ausflüsse desselben Familienprinzips und bedingten sich gegenseitig.

Der Gesichtspunkt, der diesen Beschränkungen, die wir gleich im einzelnen kennen lernen wollen, zu Grunde liegt, ist der eines coordinirten Verhältnisses sämmtlicher Gentilen, das gegenseitige Rechte und Verpflichtungen mit sich führt. Ich muß diese Bemerkung um so mehr betonen, als der Anschein mit ihr in Widerspruch steht, die richtige Auffassung jenes Verhältnisses meiner Ansicht nach aber eine den engen Kreis der Gens weit überragende Bedeutung hat. Es soll im folgenden Paragraphen nachgewiesen werden, daß auch das Verhältniß des Einzelnen sowie der Gens zum Gesammtstaat das der Coordination ist, und nur innerhalb der Wehrverfassung eine Subordination hervortritt. Insofern nun der Gesammtstaat nur eine Gens im vergrößerten Maßstabe ist, sowie man die Gens einen Staat im verkleinerten nennen kann, müssen wir bereits hier jenes durchgehende Verhältniß der staatlichen Gemeinschaft genau ins Auge fassen. Die Beschränkungen, die wir hier finden werden, wiederholen sich dort; überzeugen wir uns hier gleich, daß sie nicht auf der Idee staatlicher Unterordnung beruhen.

Die Gens ist nichts, als der Complex sämmtlicher Gentilen, und ihre Bezeichnung mit dem Ausdruck: gentiles drückt mit einem Wort das wahre Wesen derselben aus. Ist sie nämlich nur der Complex der Gentilen, so kann sie auch keine höhere Macht haben, als letztere selbst oder mit andern Worten das einzelne Mitglied steht nicht unter der Gens, sondern neben den Gentilen. Das Verhältniß wird dadurch kein anderes, daß dieselben einen aus ihrer Mitte zum Vorsteher (decurio) wäh-

len. Abgesehen von seiner militärischen Function, nach der er seinen Namen trägt, hat er nichts zu befehlen, sondern nur die Verhandlungen der Gens zu leiten und in ihrem Namen das Opfer darzubringen. Die Conservirung des ursprünglichen Familienbandes in der Gens beschränkt sich auf das Verhältniß der Brüder untereinander; das der patria potestas ist weder in der Gens noch in dem Gesammtstaat staatsrechtlich nachgebildet.

Wenn nun dies coordinirte Verhältniß der Verbrüderung dem Einzelnen Beschränkungen auferlegt, so sind dieselben nicht anders aufzufassen, als der Preis, um den er der Vortheile dieses Verhältnisses theilhaftig ist; sie tragen keinen andern Charakter, als die Beschränkungen, denen sich Jemand durch Eintritt in irgend eine privatrechtliche Verbindung, ja durch Abschluß eines Vertrages unterwirft. Wenn das Mitglied einer solchen Verbindung sich durch sein Benehmen derselben unwürdig macht, was liegt näher, als ihn zu exkludiren? Eine andere Bewandtniß aber hat es auch nicht mit jener sittenrichterlichen Gewalt der Gens, von der uns als einzelnes Beispiel die Verdammung des Gedächtnisses eines unwürdigen Gentilen nach seinem Tode so wie der Beschluß, daß Niemand fortan seinen Namen tragen solle, gemeldet wird. Man hat darauf den gewiß unbedenklichen Schluß gebaut, daß jenes Mitglied bei Lebzeiten die Strafe des Ausschlusses aus der Gens erlitten haben würde. Das enge Verhältniß der Gentilen und die Solidarität ihrer Ehre schloß eine solche Sorge für die sittliche Reinheit und den guten Namen ihrer Genossenschaft nothwendigerweise in sich.

Als geringere Strafe erscheint die Ausschließung von dem gentilitischen Gottesdienst. Andere Strafen werden uns zwar nicht bezeugt, allein sie sind mittelbar durch jene beiden möglich gemacht. Wenn die Gens z. B. über ein Mitglied, das sich gegen sie vergangen, eine Geldstrafe verhängt hatte, so brauchte letzteres sich dem Beschluß zwar nicht zu fügen — denn wie

konnten seine Genossen ihn strafen, ihm etwas von dem Seinigen entziehen? — aber andererseits konnten letztere dann erklären, daß sie ihn nicht länger beim Gottesdienst oder überhaupt nicht länger in ihrer Mitte dulden wollten. In dieser Negative lag das indirekte Zwangsmittel zur Entrichtung der positiven Strafe. Diese Entrichtung stützte sich also auf die eigne Wahl des Bestraften, auf seine Einwilligung, und ich darf hier, wo uns zum ersten Mal auf dem Gebiete des ältesten Rechts die Strafe begegnet, gleich darauf aufmerksam machen, daß auch sie sich jenem Fundamentalgrundsatz fügt, den wir in §. 12 in dem ältern Civilprozeß nachgewiesen haben, daß nämlich der subjektive Wille der Urquell der Berechtigung und Verpflichtung ist. Wie dort die manus injectio auf indirektem Wege die vertragsmäßige Unterwerfung unter den Richter bewirkt, so hier die Aussicht auf Ausstoßung aus der Gens die Unterwerfung unter das gefällte Strafurtheil.

Dies negative Strafmittel ersetzte also der Gens vollständig den Mangel einer positiven Strafgewalt oder richtiger sie schloß letztere dem Erfolg nach in sich, ähnlich wie die Excommunication für die kirchliche Strafgewalt im Mittelalter dieselbe Bedeutung hatte. Es war damit der Gens möglich gemacht, eine sittenrichterliche Gewalt über das einzelne Mitglied auszuüben, auf indirektem Wege jene, soll ich sagen, theoretisch unbeschränkte Freiheit des Individuums in höchst wirksamer Weise zu temperiren. Es ist nun meine feste Ueberzeugung, daß dies in ausgedehntem Maße geschah, und zwar stütze ich sie auf folgende Erwägung. Es war eine ächt römische Idee, daß zwar die individuelle Freiheit eines möglichen Mißbrauches wegen rechtlich nicht beschränkt zu werden brauche oder dürfe, dem Mißbrauch aber auf anderm Wege, nämlich durch die sittenpolizeiliche Gewalt des Censors gesteuert werden müsse. Wenn nun dieses für unsere Auffassung im hohen Grade befremdliche Eingreifen des Censors in das Privatleben der römischen Sinnesweise selbst zur Zeit der höchsten Freiheitsentwicklung nicht

widerstrebte, so darf man um so ehr der ältern Zeit eine gleiche Ansicht unterlegen. Theils nämlich, weil diese Idee überhaupt eine patriarchalische, kindlich naive ist, theils und vor allem aber weil diese sittenrichterliche Gewalt in der alten Gentilverfassung ungleich motivirter ist, als in der spätern. Daß ein öffentlicher Beamter den Bürger wegen Unfleißes, Leichtsinnes u. s. w. zur Verantwortung zieht, hat etwas viel herberes, enthält eine weit drastischere Remedur, als wenn die Genossen, die ihn im Nothfall unterstützen sollen, dies thun. Hinsichtlich der letztern ist es ein durch ihr eigenes Interesse und die Rücksicht auf den guten Ruf ihrer Genossenschaft gebotenes Sicherungsmittel; es sind Familienmitglieder, die ihm eine Warnung ertheilen, und kein Dritter wird hinzugezogen. Jene sittenrichterliche Gewalt des Censors hat in der Familie ihren natürlichen Ausgangspunkt.

Weit entfernt also, die Einführung der sittenrichterlichen Gewalt in Rom von der der Censur an zu datiren, erblicke ich in letzterer nichts als die spätere Gestalt einer uralten Einrichtung, eine Handhabung derselben von Seiten des Gesammtstaats gegenüber Plebejern sowohl wie Patriciern, währenddieselbe bis dahin an die patricische Gentilverfassung geknüpft gewesen war. Es ist bezeichnend, daß die Censur zwei Jahre nach der lex Canuleja, die den Plebejern das connubium mit den Patriciern verlieh, eingeführt ward, und daß sie in demselben Maße an Macht und Einfluß zunimmt, wie die alte Gentilverfassung abnimmt. Nachdem durch jenes Gesetz die familienrechtliche Scheidewand zwischen Patriciern und Plebejern niedergerissen war, legte die Censur den Keim zu einer Verallgemeinerung jener ursprünglich patricischen Sittenpolizei. Die Idee war eine alte, die Form eine neue und bedingt durch den Mangel des Gentilitätsverbandes bei den Plebejern. Die Strafmittel, die dem Censor zu Gebote standen, hatten denselben Charakter, wie die der Gens, nämlich den der Ausschließung (von der Tribus, dem Senat, den Rittern); sie beruhten auf

derselben Idee, wie bei ihr, nämlich daß die Gemeinschaft kein Recht habe, den Einzelnen wegen seiner Unwürdigkeit zu strafen, wohl aber sich von ihm loszusagen.

Diese charakteristische Eigenthümlichkeit der censorinischen Strafen möge noch als Argument für meine Ansicht aufgeführt werden.[86]) Der wahre, innere Grund derselben aber liegt darin, daß die römische Sittenpolizei ein Ausfluß des Familienprinzips ist, in dem Maße, daß die Handhabung derselben von Seiten des Censors nicht bloß berechtigt, auf eine frühere Ausübung derselben durch die Gens zurückzuschließen, sondern selbst erst vermittelst dieser Anknüpfung an die Familie verständlich wird. Jene Gewalt des Censors konnte nur dadurch gedeihen, daß sie ein Pfropfreis von der der Gens war; auf dem Boden der Gentilverfassung hatte sie sich erst bilden und entwickeln müssen, um sodann auch außerhalb desselben fortzukommen.

Dem bisherigen nach wird es keinem Bedenken unterliegen, dieser Sittenpolizei in ihrer ursprünglichen Gestalt mindestens denselben Umfang zuzuweisen, den sie später in den Händen des Censors hat. Es ist aber bekannt, daß der Censor nicht bloß wegen grausamer, unehrenhafter, unsittlicher Handlungen zur Verantwortung zog, sondern auch wegen verkehrter oder leichtsinniger ökonomischer Lebensweise. Sein Einschreiten läßt sich auf den Gesichtspunkt zurückführen, daß es Statt fand, wo Jemand der stillschweigenden Voraussetzung, unter der das Recht ihm eine unbeschränkte Freiheit zugestanden hatte, nämlich der eines würdigen, verständigen Gebrauchs nicht entsprochen; es gewährte das außerhalb des Privatrechts liegende Temperament und Gegengewicht jener extremen Freiheit. So dürfen wir der gleichen Gewalt der Gens dieselbe Bedeutung für die älteste Zeit beilegen. Sie vermittelt das Prinzip des subjektiven Willens, das als solches kein höheres sittliches Motiv enthält,

86) Es wird auch der Spruch der Gens gerade wie der des Censors nota genannt. Liv. VI. 20 gentilicia nota adjecta.

sondern das reine Produkt des Egoismus ist und die unsittlichsten Consequenzen in sich schließt, mit der Sittlichkeit. Sie schützt die Kinder, Frauen und Sklaven, die jenes Prinzip der Gewalt des Hausherrn ohne Einschränkungen überliefert, gegen grausame und tyrannische Behandlung. Glaubte der Vater oder Ehemann zur Ausübung seines jus necis ac vitae berechtigt zu sein, so lag nichts näher, als die Gens zur Assistenz aufzufordern, und die Familiengerichte der spätern Zeit sind schwerlich das Produkt dieser spätern Zeit,[87]) sondern finden ihren natürlichen Ausgangspunkt in der Gentilverfassung, in der Sittenpolizei der Gens sowohl als in ihrer Verpflichtung, sich auch ihrer in der patria potestas stehenden Mitglieder anzunehmen. Die Gens mahnt ferner den Verschwender, der nach der Consequenz des Eigenthumsbegriffes das Erbthum seiner Väter durchbringen und die Seinen darben lassen, ja sie selbst verkaufen kann, dem Unfug Einhalt zu thun. Beachtet er die Mahnung nicht, so entzieht sie ihm die Vermögensadministration durch eine cura prodigi. Daß wir in letzterer einen Ausfluß und Rest des Familienprinzips vor uns haben, bedarf wohl keiner Bemerkung; sie sichert ebenso sehr das Erbrecht der nächsten Verwandten des Verschwenders, wie die Gens selbst gegen die Gefahr, daß letzterer ihr demnächst zur Last falle.

Indem wir jetzt diese sittenpolizeiliche Gewalt der Gens verlassen, mögen wir auch hier, wie wir es oben hinsichtlich ihrer Unterstützungspflicht thaten, der politischen Bedeutung derselben gedenken. Diese Gewalt verlieh der festen korporativen Stellung der Patricier erst ihren Abschluß. Ein Stand, der fest zusammenhält und seine Mitglieder in der Noth unterstützt, wird immer ein bedeutendes Uebergewicht über alle andern haben. Dies Uebergewicht läßt sich aber nur dann dauernd behaupten, wenn ein höherer Grad der Ehre und sittlicher Reinheit den Widerspruch, der sich stets dagegen erheben wird, versöhnt.

---

87) Klenze Zeitschr. für hist. Rechtsw. Bd. 6 S. 21 u. flg.

Durch sittenpolizeiliche Gewalt der Corporation über ihre Mitglieder kann dies letzte Gut nicht geschaffen, wohl aber erhalten und gefördert werden, und jene Einfachheit und Reinheit patricischer Sitte, die selbst der Parteihaß der Plebejer nicht in Abrede zu stellen wagte,[88]) und die begreiflicherweise die politische Position der Patricier außerordentlich verstärken mußte, sie kömmt vor allem mit auf Rechnung jener gentilitischen Sittenpolizei. Der praktische Instinkt der Römer hatte von vornherein erkannt, daß die Freiheit, um Macht zu sein, sich selbst Schranken auflegen muß, und jener wilde Sinn, aus dem das Prinzip des subjektiven Willens hervorging, nahm keinen Anstoß daran, daß dies Prinzip dem Erfolge nach Beschränkungen unterworfen ward, die selbst unserm siechen Persönlichkeitsgefühl als unerträgliche Bevormundung erscheinen würden. Der wesentliche Unterschied liegt freilich darin, daß diese Beschränkungen in Rom das Werk des eignen Willens waren, den gern gezahlten Preis enthielten, um den man ein Gut erkaufte, das in diesem Prinzip selbst nicht lag, nämlich Schutz, Hülfe und Unterstützung von Seiten der Genossen.

Fassen wir jetzt die übrigen Beschränkungen ins Auge, die die Gentilverfassung nach sich zog. Von dem in derselben liegenden Autonomierecht der Gens braucht weiter nichts gesagt zu werden, als daß auch hier die bindende Kraft ihrer Beschlüsse sich auf vertragsmäßige gegenseitige Verpflichtung der einzelnen Mitglieder zurückführen läßt. — Der Wirkung nach kommen diese Beschlüsse Gesetzen gleich, der Form nach sind sie Verabredungen der einzelnen Gentilen. Auch das Gesetz knüpft in Rom an den Gesichtspunkt des Vertrages sämmtlicher Einzelnen d. h. an unser Prinzip des subjektiven Willens an, und wir werden im

88) „Niemals wird ihnen von den Plebejern Mangel an sanctitas und castitas vorgeworfen." Rubino Untersuchungen über röm. Verf. u. Gesch. B. 1 S. 230 Anm. 3, der auch das Zeugniß von Cicero de republ. II. 34 anführt: quum honore longe antecellerent ceteris, voluptatibus erant inferiores.

folgenden Paragraphen den Versuch machen, die gesetzgebende Gewalt des Gesammtstaats ebensowohl unter diesen Gesichtspunkt zu bringen, wie hier die der Gens.

Die Beschränkungen, die wir jetzt noch kennen zu lernen haben, beziehen sich auf das ältere Familien- und Vermögensrecht. Wir dürfen dabei auch diejenigen berücksichtigen, die, ohne gerade im Interesse der Gens eingeführt zu sein, sich doch als Consequenzen oder Ausflüsse des Familienprinzips darstellen. Als solche erscheinen uns namentlich die hinsichtlich der Ehe Statt findenden. Im spätern römischen Recht ist die Ehe ein sehr profanes und hinsichtlich ihrer Dauer ganz in das Belieben der Gatten gestelltes Verhältniß. Im ältern Staat, der ganz auf das Familienprinzip gebaut war, ward sie mit besonderm Ernst behandelt. Die Eingehung war ein religiöser Akt, und die Auflösung derselben nur in sehr wenig Fällen und nur unter Mitwirkung der Priester möglich. Zehn Zeugen nahmen bei beiden Akten Theil; sie vertraten entweder die zehn Gentes der Curie oder die zehn Curien der Tribus, zu der der Mann gehörte. In ihrer Zuziehung liegt der Gedanke ausgesprochen, daß die Ehe des Einzelnen für den ganzen Stamm Bedeutung und Interesse hat, ein öffentliches Ereigniß ist. Vielleicht hatte diese Form auch den praktischen Zweck, die juristische Möglichkeit der Ehe zu constatiren. Diese juristische Möglichkeit war vor allem bedingt durch das connubium. Letzteres ist nicht zu verwechseln mit einem Eheverbot. Das römische Recht erlaubte sich nicht[89]) den Eingriff in die private Rechtssphäre, Verbindungen mit Personen, denen das connubium fehlte, zu untersagen; sondern es beschränkte sich darauf, diesen Verbindungen den Charakter einer römischen Ehe abzusprechen d. h. auf Frau und Kinder fand das römische Familienrecht keine Anwen-

89) Wie z. B. das Recht orientalischer Völker. Selbst bei den Sachsen soll Ehe zwischen Nicht-Standesgenossen bei Todesstrafe verboten gewesen sein. S. Waitz deutsche Verfassungsgesch. B. 1 S. 84 Anm. 2.

dung, und die ganze Nachkommenschaft war von der Gens ausgeschlossen. Auch diese Beschränkung des connubium stellt sich also wieder nicht als eine absolut bindende dar, sondern als eine solche, der man sich freiwillig unterwarf, um seinen Kindern das Gentilitätsrecht zu sichern. Die Idee des connubium ist übrigens für die Rechtsanschauung, mit der wir uns hier beschäftigen, ganz charakterisch. Sie beruht auf jenem horror alieni, der die Kehrseite des festen, familienartigen Zusammenhaltens bildet, auf jenem Bestreben, alle fremdartigen Elemente fernzuhalten und sich nur aus sich selbst zu ergänzen.[90]) Seiner ursprünglichen Idee nach war das connubium auf die Mitglieder des Geschlechterstaats beschränkt; über sie hinaus mußte es selbst stammverwandten Völkern erst verliehen oder mit ihnen vereinbart werden.

Wo die Familie frei und beweglich ist, kann auch das Vermögen es sein; wo jene gebunden ist, zieht dies für letztere dieselbe Folge nach sich. Die römische Gentilverfassung war nicht vereinbar mit der vermögensrechtlichen Freiheit der spätern Zeit, letztere kann sich erst auf den Trümmern jener gebildet haben. Sollte die Gens stetig und fest sein, so mußte sie ein festes materielles Fundament unter sich haben, es mußte eine gewisse Verbindung zwischen ihr und dem in ihr befindlichen Vermögen gesichert sein. Wir haben bereits die Sittenpolizei der Gens als ein Mittel kennen lernen, der Dilapidation des Vermögens vorzubeugen, aber es war nur von beschränkter Wirksamkeit. Denn wie, wenn ein Mitglied mit seinem ganzen Vermögen in eine andere Gens übertreten oder es in seinem Testament Nichtmitgliedern zuwenden wollte? War dies unbedingt erlaubt, so

90) Die Beschränkung der Freigelassenen weiblichen Geschlechts, nicht aus der Gens herauszuheirathen, beruhte auf einem andern Grunde, nämlich auf dem Interesse der Gens, dieselben in ihrem Hörigkeitsverhältniß zu ihr zu erhalten. Durch Verheirathung mit einem zu einer andern Gens gehörigen Freigelassenen oder Klienten trat die Freigelassene aus jenem Verbande heraus. Mitunter wurde dies, d. h. die gentis enuptio, bewilligt.

konnte eine Gens verarmen, die Lasten derselben hätten für den Einzelnen in demselben Maße drückender, der Trieb, sich ihnen durch Austritt aus der Gens zu entziehen, in eben dem Grade stärker werden können.

Von dieser politischen Bedeutung des Vermögens ausgehend haben manche sich zu der Annahme verleiten lassen, das Privateigenthum an Grund und Boden für den ältesten Staat völlig zu läugnen und den ager publicus an dessen Stelle zu setzen.[91]) Es scheint mir dies aber ein gefährlicher, weit über sein Ziel hinausfliegender Schluß zu sein.[92]) Unsere Quellen widersprechen dieser Annahme mehr, als daß sie dieselbe bestätigen,[93]) und abgesehen von ihnen müßte man die dringendsten allgemeinen Gründe haben, um einem Volke, bei dem das Prinzip des Privatrechts von Anfang an in größter Schärfe und Bestimmtheit hervortritt, gerade das wichtigste Eigenthum, nämlich das an Grund und Boden, abzusprechen. Zur Zeit der XII Tafeln erscheint letzteres bereits in ausgebildeter Gestalt,[94]) keine Spur, kein leiser Anklang findet sich darin von dem angeblichen frühern Zustande. Hatte jenes plebejische Prinzip, dem man das Privateigenthum an Grund und Boden zuweist, bereits zur Zeit der XII Tafeln das patricische Prinzip so vollständig und seit so langer Zeit über den Haufen gestürzt, daß

---

91) Wenn man an diesem ager publicus ein vererbliches und veräußerliches Recht der Benutzung annehmen will, so führt man in der That das Privateigenthum, das man läugnen will, unter anderm Namen wieder ein. Der Sache nach wäre dies Recht ebenso gut Privateigenthum gewesen wie das an Provinzialgrundstücken, die theoretisch im Eigenthum des römischen Staats standen, und das Interesse der Gentilverfassung hätte gegen die freie Veräußerlichkeit unter Lebenden und im Testament ebenso geschützt sein müssen, wie wir es nachher im Text ausführen werden.

92) Huschke hat ihn meiner Ansicht nach mit Recht als einen Grundirrthum Niebuhrs bezeichnet.

93) S. Walter Rechtsgeschichte Buch 1 Kap. 2. Anm. 4—10.

94) Ich erinnere z. B. an die Bestimmung der XII Tafeln über die Usucapion unbeweglicher Sachen, die Servituten u. s. w.

auch nicht eine einzige Reminiscenz davon übrig geblieben? Und dies soll beim Grundeigenthum und noch dazu während der Dauer des Geschlechterstaats geschehen sein? — zwei Verhältnissen, an denen sich jene bekannte conservative Kraft der römischen Rechtsideen im verdoppelten und vervierfachten Maße hätte bewähren müssen? Dies hätte ferner durch die Plebejer geschehen sollen, sie, die damals noch in einer sehr bescheidenen und gedrückten Stellung lebten, sie, die nach jener Annahme Privateigenthum an Grund und Boden kannten und gar kein Interesse daran hatten, den Patriciern dasselbe aufzuzwingen?

Die ganze Ansicht enthält eine Häufung von Undenkbarkeiten und einen Verstoß gegen den sonstigen Charakter der römischen Rechtsbildung, indem sie ihr zumuthet, daß sie ihre gewohnte Langsamkeit, Gleichmäßigkeit und Entwicklung von innen heraus dies eine Mal völlig hätte verläugnen, an sich selbst hätte untreu werden sollen. Eine der fundamentalsten Einrichtungen des römischen Staats hätte in der ersten Hälfte der Königszeit noch in Blüthe stehen und bereits in der zweiten Hälfte in ihr gerades Gegentheil umschlagen müssen. Und diese colossale Revolution des ganzen Rechtszustandes — denn in ihren Folgen war sie das — wird nur motivirt durch den Sieg eines angeblich von vornherein völlig entgegengesetzten Prinzips; nicht durch inneres Bedürfniß, nicht durch Entwicklung von innen heraus, sondern durch die Macht des plebejischen Beispiels und durch ä u ß e r e s Hineintragen eines an sich Fremden. Ohne Erschütterungen wäre diese Revolution vorübergegangen, keine Spur davon hätte sich in der Erinnerung des Volks, keine leise Reminiscenz im Recht selbst erhalten! Das freie unbeschränkte Privateigenthum aber, wie es bei den Plebejern bestanden, hätte jetzt an die Stelle treten sollen, ohne daß die Gentilverfassung, deren innerstes Wesen sich dagegen sträubte, sofort den Todesstoß erhalten hätte?

Nein, es ist dieselbe Verkehrtheit, das ursprüngliche Privateigenthum innerhalb des Geschlechterstaates zu läugnen, als

dann mit einem Salto mortale ins entgegengesetzte Extrem ein völlig freies und ungebundenes Privateigenthum anzunehmen. Die Wahrheit liegt zwischen beiden Extremen in der Mitte. Es gab nämlich von jeher in Rom an Grund und Boden theils öffentliches theils ein durch das Interesse der Gens gebundenes Privateigenthum.

Das öffentliche Eigenthum des Staats, der ager publicus, ist bekannt. Es unterliegt für mich aber keinem Zweifel, daß dies Verhältniß sich keineswegs auf den Gesammtstaat beschränkte, vielmehr innerhalb jeder Gens sich wiederholte, ja ehr umgekehrt von der Gens auf den Gesammtstaat, als von letzterem auf jene übertragen wurde. Ich berufe mich darauf, daß die Gens den Staat im Kleinen darstellt, daß von den drei Interessen, die ihren höchsten Brennpunkt im Gesammtstaat finden, den politischen, religiösen und militärischen, jedes an der Gens ihren niedern hat, daß, wenn zur Versehung jener Interessen dort das Verhältniß des ager publicus nöthig ist, es hier mindestens ebenso unentbehrlich erscheinen muß. Der Schwerpunkt und die Lasten des ältesten Staates ruhen nicht sowohl in und auf ihm selber, als in und auf den Gentes; bedurfte er für das Dach, das er über die einzelnen Geschlechterhäuser spannte, und das auf ihnen als auf seinen Pfeilern ruhte, des ager publicus, so war dasselbe Bedürfniß für die einzelne Gens in einem noch höhern Grade vorhanden.

Die Benutzung der Gentilgrundstücke läßt sich auf verschiedenartige Weise denken, theils nämlich als eine allen Gentilen gemeinsame und unentgeltliche, theils als eine getheilte und entgeltliche, etwa auf Grund einer unter ihnen vorgenommenen Verpachtung an die Meistbietenden. Das erste Verhältniß fand zweifellos hinsichtlich der Gentilbegräbnisse Statt;[95]) im germanischen Geschlechterstaat finden wir es auch bei Ackerland,[96])

95) Göttling Gesch. der röm. Staatsverf. §. 40 a. E.

96) Caesar de bello Gallico IV. 1 VI. 22. S. darüber namentlich von Sybel Entstehung des deutschen Königthums S. 5 u. flg.

für Weideland ist es bei weitem das natürlichste, und hierfür wird es auch in Rom vorgekommen sein.

Jene Gemeinsamkeitsverhältnisse haben sich nun, abgesehen vom Gentilbegräbniß, im spätern Recht nicht mehr erhalten, wohl aber, wie ich glaube, eine wichtige, mittelbare, von ihrer Beziehung zur Gentilverfassung befreite Nachwirkung derselben — die Popularklagen. Diese Klagen sind eine merkwürdige Erscheinung; nicht bloß vom Standpunkt unseres heutigen öffentlichen Rechts aus, indem nämlich mittelst ihrer Privatpersonen eine unter bestimmte Rechtsgrundsätze gestellte Polizei ausüben,[97]) sondern auch von dem des römischen, insofern nämlich dies Recht im übrigen aufs allerstrengste an dem Grundsatz der Sachlegitimation des Klägers festhält, hier aber sogar Klagen gewährt, die nicht im geringsten ein spezielles Interesse desselben voraussetzen.

Das Befremdende dieser Erscheinung verschwindet, wenn man sie mit jener eigenthümlichen Gemeinsamkeit des Rechts, wie sie innerhalb der Gentilverfassung Statt fand, in Beziehung setzt. Die Sachen der Gens gehörten sämmtlichen Gentilen zusammen.[98]) Dies Recht unterschied sich von dem, was Jemanden als Einzelnen zustand, dadurch, daß es kein exklusives, sondern ein ihm mit seinen Genossen ungetheilt-gemeinsames und sodann, daß es kein veräußerliches, sondern ein untrennbar mit der corporativen Gemeinschaft verknüpftes war — eine Art des Rechts, die im deutschen Recht sehr verbreitet, im spätern römischen aber dem Prinzip der Exklusivität des Rechts erlegen

---

97) Solche Popularklagen gibt das römische Recht jedem, der Lust hat, z. B. gegen den, der an öffentlichen Plätzen, Landstraßen, Gewässern u. s. w. polizeiwidrige Aenderungen vorgenommen, aus seinem Fenster oder von seinem Dache Sachen hängen hat, die herunter zu fallen drohen und dadurch die Passage gefährden u. s. w.

98) Nicht ihr als einer juristischen Person; das ist eine Abstraction, deren erst der entwickelte juristische Verstand fähig ist, die wir also nicht in die Kindheitszeit des Rechts verlegen dürfen.

ist.[99]) Die Popularklagen sind nun ihrer ursprünglichen Idee nach bestimmt, jenes eigenthümliche Verhältniß des ungetheilt-gemeinsamen Rechts zu schützen. Jedes Mitglied ist an sich klagberechtigt; wer wirklich Klage erhebt z. B. wegen Verletzung des gemeinsamen Begräbnisses, der vertritt dadurch, daß er sein eigenes Recht geltend macht, zugleich das Interesse seiner Genossen. Sein Klagfundament aber liegt in seinem eignen Recht, und der Umstand, daß seine Thätigkeit zugleich den andern zu Gute kömmt, gibt ihr keineswegs den Charakter der Stellvertretung.[100]) Diese Klagen lassen sich also wegen jener familienartigen Gemeinsamkeit, die sie zu schützen bestimmt sind, als Ausflüsse des Familienprinzips bezeichnen. Wenn die spätern römischen Juristen in ihnen eine Ausnahme von dem Grundsatz: nemo alieno nomine lege agere potest erblicken, nämlich als ob der Kläger mittelst ihrer das Recht und Interesse des Staats vertrete, so ist dies von ihrem Standpunkt aus richtig, für die ältere Zeit aber verkehrt, und zwar selbst für die res publicae verkehrt. Denn sowie die Gentilsachen nicht im Eigenthum der Gens als gedachter juristischer Persönlichkeit, sondern in dem der Gentilen stehen, so auch die res publicae nicht in dem des Staats, sondern sämmtlicher Staatsangehörigen. Der einzelne also, der z. B. wegen Verletzung der Landstraße klagt, stützt sich auf sein eignes Recht und Interesse, nur daß die Beziehung dieser Sache zu ihm hier eine schwächere und weniger in die Augen springende ist, als bei

99) d. h. das ungetheilt-gemeinsame Eigenthum aller Mitglieder einer Corporation ward später als Eigenthum einer juristischen Person dargestellt. Es wird vielleicht die Zeit kommen, wo man diesen Schritt wieder zurückmacht und mit Aufgabe dieser Fiction jenes natürliche Verhältniß juristisch zu construiren versucht. Wenn der Versuch erst für das deutsche Recht befriedigend gelungen ist, wird dies für das römische Recht schwerlich ohne Einfluß bleiben.

100) Es läßt sich hier der Satz anwenden, den die L. 12 pr. de reb. auct. jud. (42. 5) enthält: aliquid ex ordine facit et ideo ceteris quoque prodest.

den Gentilgrundstücken. Je ausgedehnter der Kreis derer wird, die zur ungetheilt-gemeinsamen Benutzung und zur klageweisen Geltendmachung derselben berufen sind, um so mehr kann sich der Gesichtspunkt, daß jeder hier sein eignes Recht ausübt, der Beobachtung entziehen, und er mußte völlig verdrängt und ausgeschlossen werden, als die Jurisprudenz die Theorie der juristischen Personen aufbrachte und durchführte. An den res publicae hatte jetzt der Staat als besonderes Rechtssubjekt Eigenthum; und wenn dennoch nach wie vor der Einzelne dieserhalb klagte, so konnte man fortan in ihm nur einen Vertreter erblicken.

Neben dem Gesammteigenthum der Gentilen gab es nun, wie wir oben zu begründen versuchten, auch Privateigenthum an unbeweglichen wie beweglichen Sachen. Es ist bereits bemerkt, daß die Ungebundenheit, mit der sich später die Idee des Eigenthums entwickelt, mit der Gentilverfassung unvereinbar war. Welcher Art die Beschränkungen waren, denen die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers im Interesse der Gens unterlag, läßt sich für die Veräußerung e i n z e l n e r Sachen nicht näher bestimmen.[101])

Dahingegen glaube ich nachweisen zu können, daß die Gens gegen die Gefahr, ein G e s a m m t v e r m ö g e n zu verlieren, gesichert war. Ein solcher Verlust war für sie auf doppelte Weise möglich, nämlich theils durch Austritt, theils durch testamentarische Dispositionen ihrer Mitglieder. Was jenen ersten Fall anbetrifft, so ging das römische Recht von der Ansicht aus, daß dem Bürger der Austritt aus dem Staatsverbande jeder Zeit frei stehe, und damit seine Rechte wie seine Pflichten gegen den Staat und die Einzelnen erlöschen. Die Gens konnte von ihrem Standpunkt aus der Aufgabe des Staatsbürgerrechts nichts in den Weg legen; wer von ihr

---

101) Von der gänzlichen Entziehung der Dispositionsbefugniß durch eine cura prodigi ist bereits oben die Rede gewesen.

nichts mehr begehrte, von dem durfte sie auch ihrerseits nichts fordern. In dieser Freizügigkeit lag auch in der That keine sonderliche Gefahr, wie wir in §. 16 sehen werden. Ganz anders aber stand die Sache, wenn Jemand seine Gens verlassen wollte, nicht um sein Staatsbürgerrecht aufzugeben, sondern um in eine andere Gens überzutreten; ein Erfolg, der auf dem Wege der Arrogation erreicht werden konnte, indem nämlich der Austretende sich von einem Mitgliede der neuen Gens als Sohn annehmen ließ. Sein ganzes Vermögen fiel damit dem Adoptivvater zu, kam also aus seiner bisherigen Gens heraus.[102]) Derselbe Erfolg konnte dadurch eintreten, daß Jemand das Mitglied einer andern Gens zum Erben einsetzte. In beiden Fällen hieng aber nach älterm Recht diese Disposition weder ganz von der Zustimmung der betheiligten Gens ab, noch war sie ganz ins Belieben des Subjekts gestellt. Das System der öffentlichen Garantie, das bereits S. 141 angedeutet ward, und das wir im folgenden Paragraphen näher kennen lernen werden, gab dem Volk Gelegenheit, den Conflikt zwischen dem Interesse der Gens und dem Willen eines ihrer Mitglieder je nach Befund der Umstände zu Gunsten des einen oder andern Theils zu schlichten. Es konnte ebensowohl Voraussetzungen geben, unter denen jene beiden Maßregeln durchaus gerechtfertigt und wohl gar dem Interesse des Staats förderlich erschienen, als umgekehrte Fälle, in denen der Widerspruch der Gens zu respectiren war. Die der Abstimmung des Volks vorausgehende Verhandlung gab den interessirten Personen, wozu bei der Arrogation auch die Gläubiger gehörten, Gelegenheit, ihr Interesse geltend zu machen. Wenn wir aber annehmen, daß ursprünglich in den zum Zweck der Testamentserrichtung und der Arrogation abgehaltenen Co-

---

102) Die in adoptionem datio konnte gleichfalls einen Uebertritt in eine fremde Gens begründen, allein hier ging kein Vermögen mit über, weil der Haussohn vermögensunfähig war, und darum brauchte man hier dem Willen des Vaters keine Beschränkung aufzulegen.

mitien wirklich eine Abstimmung erfolgt sei, so darf wegen der nähern Begründung dieser Behauptung auf §. 11 u. 15 verwiesen und mag an dieser Stelle nur darauf aufmerksam gemacht werden, wie sehr uns auch die Stellung der Gens zu derselben Annahme drängt.

---

Wir haben im bisherigen die innere Organisation der Gens betrachtet, und damit ist das Wesentliche der Gentilverfassung angegeben. Das Verhältniß der Gentes zum Gesammtstaat läßt sich für unsern Zweck mit wenig Worten erledigen. Letzterer ist ein Staatenbund, der seinem letzten Grunde nach auf den Gentes beruht. Nach den Gentes sind die Rechte und Lasten des Staats vertheilt, mit dem einzelnen Bürger steht der Staat in keiner unmittelbaren politischen Beziehung. Die Curien und Tribus sind Zusammensetzungen der Gentes, deren ursprüngliches Motiv ich in dem Interesse der Wehrverfassung erblicke; ihre politische Bedeutung und ihre corporative Innigkeit tritt gegen die der Gentes ganz in den Hintergrund. Letztere sind sittlich und juristisch am stärksten entwickelt, die Verbindung wird loser, je weiter sie hinaufsteigt, und der Gesammtstaat steht nicht über den Gentes, sondern besteht aus ihnen d. h. seine Macht ist nur die Summe der ihrigen. Wie die Gens nur ein coordinirtes Verhältniß der Gentilen begründet, so auch der Gesammtstaat nur eine coordinirte Verbindung der einzelnen Gentes. Die weitere Ausführung dieses Gedankens verschieben wir passender auf den nächsten Paragraphen und gedenken hier nur noch, bevor wir die Gens verlassen, der Rückwirkung, die sie unserer Ansicht nach auf die Familie ausgeübt hat.

Im ältern römischen Recht hat sich die Familie von ihrer natürlichen Basis, der Blutsverwandtschaft, weit entfernt. Blutsverwandtschaft ist hier eine so ziemlich gleichgültige Thatsache geworden; die civilen Verwandten, die Agnaten, haben

die Blutsverwandten, die Cognaten, in den Hintergrund gedrängt. Der entfernteste Agnat und die Gentilen schließen den emancipirten Sohn beim Tode seines Vaters oder den Enkel bei dem seines mütterlichen Großvaters von der Erbschaft aus; beiden dem Verstorbenen so nahe stehenden Personen, vielleicht seinen einzigen Descendenten, erkennt das Recht, das in ihnen nur Fremde erblickt, kein Erbrecht zu, selbst nicht an letzter Stelle. Woher diese scheinbare Härte? Sie war eine Consequenz der formalistischen Behandlung des Verwandtschaftsverhältnisses, die durch die politische Function desselben in der Gentilverfassung nothwendig gemacht wurde. Indem die Familie eine politische Corporation wird, nimmt sie nothwendigerweise Bestandtheile in sich auf, legt sich Beschränkungen auf, die ihrem ursprünglichen Wesen, der Einheit des Bluts und der Liebe, fremd sind. Es bereitet sich damit eine Spaltung, die Möglichkeit eines Auseinanderfallens der natürlichen und juristischen Familie vor; diese durch das Gesetz mit den wesentlichsten rechtlichen Vortheilen des Familienverhältnisses ausgestattet, jene derselben beraubt und nur auf das freie Walten der individuellen Liebe angewiesen. Aus der Opposition, in der sich die natürliche Familienliebe in einem solchen Fall zu der juristischen Behandlungsweise fühlte, ging das Bestreben hervor, der natürlichen Familie durch Rechtsgeschäfte zu ersetzen, was das Gesetz ihr versagt hatte, namentlich also durch Testamente das Erbrecht. Bei den vor-römischen Völkern trat die Familie der testamentarischen Freiheit entgegen, bei den Römern treibt sie durch ihre theilweise verschobene Stellung dieselbe hervor, wenigstens läßt sich diese Stellung als zureichender Grund bezeichnen, der das Bedürfniß der Testamente in Rom motivirt, während man abgesehn davon auf eine solche Motivirung verzichten, annehmen müßte, daß die Testamente nicht einem sittlichen Motive, sondern der Willkühr, dem Widerspruch gegen die bei allen Völkern bemerkbare Verbindung des Erbrechts mit der Familie ihren Ursprung verdankten. Im Zweifel darf man

vermuthen, daß ein Rechtsinstitut an dem Punkt zuerst zum Vorschein gekommen ist, wo das Bedürfniß nach demselben am dringendsten war. Wir haben für die römischen Testamente einen solchen Punkt aufgedeckt und halten es für wahrscheinlicher, daß dasselbe sittliche Motiv, dem das Erbrecht überhaupt seine Existenz verdankt, und das gerade in der ältesten Verfassung eine so mächtige Wirksamkeit entfaltet, das der Familienliebe, auch die Testamente hervorgerufen, als daß die bloße Willkühr dies hätte vollbringen können; daß mit andern Worten die Testamente nicht als Widersacher, sondern als Dienerinnen der Familie in der Geschichte des Rechts auftreten.

**Der Staat vom Standpunkt des subjektiven Prinzips aus — Die publicistische Societät der Individuen — Basirung der Strafgewalt auf Rache, der gesetzgebenden Gewalt und des Rechtsschutzes auf Vertrag — lex und jus — Dualismus der vom Staat anerkannten und der bloß subjektiven Rechte.**

XV. Der Weg, den wir bisher zurückgelegt haben, hat uns vom Individuum aus durch die Familie zur Gens geführt, und wenn wir jetzt den letzten Schritt machen, den von der Gens zum Staat, so ist es nicht sowohl der Punkt, bei dem wir damit anlangen, der unsere Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen soll — jene vielbesprochene älteste Verfassung des römischen Staats —, als der Schritt selbst, den wir zu dem Zweck zu thun haben. Unsere Frage ist nämlich die: erscheint der Staat gegenüber den Ideen, die wir bisher haben kennen lernen, als Schritt oder als Sprung, mit andern Worten mittelst ihrer construirbar oder als etwas spezifisch Neues?

Diese Frage mag befremdend erscheinen; denn ist, kann man sagen, der Staat gegenüber den Individuen nicht stets etwas spezifisch Neues, ist er nicht eine von ihnen verschiedene, ihnen übergeordnete Macht, thätig werdend durch eigne Organe und Vertreter, ein Wesen höherer Art mit höheren Zwecken und

höheren Mitteln? Das ist allerdings der Staat der Gegenwart, aber es ist nichts verkehrter, als diese Auffassung überall, wo der Staat in der Geschichte sich zeigt, zu supponiren; denn sie selbst sowohl wie der Staat, dem sie entspricht, ist das Werk eines langen historischen Prozesses. Uns erscheint diese Auffassung so natürlich, daß wir nur gar zu leicht in den Fehler verfallen, sie in die Vergangenheit zu übertragen, während doch letztere mit ihrem Staat völlig andere Ideen verband. So wie ein und derselbe Gegenstand in verschiedenen Sprachen von sehr verschiedenen Gesichtspunkten aus benannt sein kann, der Römer sich, wenn er das lateinische Wort gebrauchte, den Gegenstand von einer ganz andern Seite, in ganz anderer Weise dachte, als wir bei dem entsprechenden Ausdruck unserer Sprache, so ist es auch mit dem Staat und allen seinen Gewalten und Functionen der Fall. Civitas, res publica bezeichnet denselben Gegenstand, den wir Staat nennen, lex übersetzen wir mit Gesetz, judex mit Richter, poena mit Strafe u. s. w., und es erscheint uns unbedenklich, den ältesten römischen Staat, weil wir leges und judices in ihm antreffen, mit einer gesetzgebenden und richterlichen Gewalt auszustatten. An diesen modernen Ausdrücken klebt aber die ganze Staatsanschauung unseres Jahrhunderts; unbewußt tragen wir mit jedem Wort etwas Falsches in den römischen Staat hinein und übersetzen ihn in unsere heutige Vorstellungsweise.

Dieser Fehler ist es, den ich im folgenden unausgesetzt bekämpfen werde. Ich hoffe zeigen zu können, daß der älteste römische Staat auf ganz andern Ideen beruhte, als die wir mit dem Staat verbinden, daß die Römer unter res publica, jus publicum, judex, poena publica u. s. w. sich etwas ganz anders dachten, als wir unter den entsprechenden Ausdrücken unserer Sprache, sich dies alles nämlich dachten vom Standpunkt des subjektiven Prinzips aus. Dieses Prinzip haben wir oben §. 10—12 als den Ausgangspunkt der ganzen römischen Rechtsanschauung kennen lernen, von diesem bereits gewonnenen

Punkt aus müssen wir uns den Staat zu construiren suchen. Möge vorläufig unser Versuch den Schein einer aprioristischen Construction auf sich laden, im Verlaufe der Darstellung wird dieser Schein hoffentlich mehr und mehr schwinden, und ich halte meinen Zweck für völlig erreicht, wenn mir schließlich nur die bloße *Möglichkeit* meiner Ansicht zugestanden wird. Die erwiesene Möglichkeit einer Entstehung des römischen Staats aus dem subjektiven Prinzip heraus hat für die Annahme ihrer Wirklichkeit dasselbe Gewicht, das man jeder Hypothese einräumt, die zwei historisch beglaubigte Punkte durch eine Verbindungslinie zu verknüpfen weiß. Da die Geschichte wie die Natur keine Sprünge kennt, da beide das Größte aus dem kleinsten Keim hervorgehn lassen, so sind wir ganz in unserm Recht, wenn wir für den Staat und seine Institutionen uns nach geringen Anfängen umsehn, sie an jenes sittliche Minimum, das wir bisher gefunden haben, anzuknüpfen versuchen.

---

Vom Standpunkt des subjektiven Prinzips aus stellt sich die staatliche Gemeinschaft als ein Vertragsverhältniß dar. Der Zustand der *Verträglichkeit*, in dem der Einzelne mit dem Einzelnen lebt, ist die Folge eines ausdrücklichen oder stillschweigenden *Vertrages*, der Friede, pax, die des pactum. Das begründete Gemeinschaftsverhältniß aber ist das der *Gleichheit*, der *Coordination*, und nach innen hin läßt sich unter Aufrechthaltung dieses Gesichtspunktes eine Rechts- und Staatsentwicklung denken, wie dies im folgenden nachgewiesen werden soll. Aber sowie Gefahren von außen drohen, treibt die Macht der Umstände, das Bedürfniß der Selbsterhaltung das Subordinationsverhältniß hervor. Der äußere Feind kömmt der Entwicklung des Staats zu Hülfe, zwingt ihm eine streng militärische Ordnung und Verfassung auf, die zwar zunächst nur zur Abwehr des Feindes bestimmt ist, unvermerkt aber eine Rückwirkung auf die innere Organisation des Staats

selbst ausübt. Wir werden nun diesen Punkt, von dem aus in Rom die Idee staatlicher Ober- und Unterordnung sich entwickelt hat, bei Gelegenheit der Wehrverfassung ins Auge fassen, hier aber uns zunächst auf jenes Verhältniß der Coordination, wie es durch das subjektive Prinzip gegeben ist, beschränken, und zwar indem wir uns die Consequenzen desselben für den Staat und seine Verfassung im einzelnen vergegenwärtigen.

1. Der Staat verhält sich zu den Bürgern ebenso, wie die Gens zu den Gentilen d. h. er ist nichts von ihnen verschiedenes, nichts außer und über ihnen, sondern der Staat sind sie selbst, Staat und Volk ist gleichbedeutend. Wenn die natürlichen Personen bei der Bildung der Gens der Abstraction einer von ihnen verschiedenen Persönlichkeit noch nicht erlegen sind, so folgt daraus, daß das bloße Addiren mehrer Gentes zu einem Gesammtstaate, das Zusammentreten mehrer Personen auf der einen mit mehren Personen auf der andern Seite dies Verhältniß nicht ändert. Beide Verhältnisse lassen sich mit einer Societät vergleichen und im Gegensatz dazu das Verhältniß des heutigen und auch des spätern römischen Staats zu den Bürgern als das einer juristischen Person zu ihren Mitgliedern. Aus diesem Hauptgesichtspunkt folgt nun:

2. Soweit diese publicistische Societät reicht, erscheint als Subjekt der daraus fließenden Rechte, als Vertreter ihrer Interessen nicht der Staat, sondern das gesammte Volk, die sämmtlichen Bürger und folglich auch jeder einzelne derselben. Privatrechte und öffentliche Rechte unterscheiden sich nicht durch Verschiedenheit des Subjekts von einander; Subjekt ist für beide die natürliche Person, und der Unterschied liegt nur darin, daß die Privatrechte auf den Einzelnen eine ausschließliche Beziehung haben, während an den öffentlichen jeder participirt. Der Ausdruck für jene ausschließliche Beziehung ist proprium (pro privo),[103]) für diese dem Volk gemeinsamen

103) Wegfall des v wie bei dewa, divus, deus. Pott a. a. O. B. 1 S. 266.

Interessen populicum, publicum, popularis. Res publica, nach späterer Auffassung der Staat als Persönlichkeit gedacht, bezeichnet daher ursprünglich nichts weiter, als was allen gemeinsam ist, res publicae die einzelnen Sachen der publicistischen Societät z. B. öffentliche Wege, Plätze u. s. w., an denen jeder gleiches Recht hat. [104])

Wenn nun die einzelnen Individuen als Subjekte der öffentlichen Rechte aufzufassen, die öffentlichen Interessen nichts sind, als die Interessen Aller und darum auch jedes Einzelnen, so folgt daraus, daß jeder Einzelne berufen und berechtigt ist, diese Interessen wahrzunehmen, eine Verletzung derselben zu verhindern, oder, wenn sie geschehen, sich in derselben Weise Genugthuung zu verschaffen, wie in seinen Privatangelegenheiten. Hinsichtlich letzterer bestand das ursprüngliche Mittel in der Selbsthülfe, und erst im Laufe der Zeit ward dasselbe durch die Klage verdrängt. Denselben Entwicklungsgang dürfen wir auch hier annehmen, und zwar können wir dabei in gleicher Weise, wie auf dem Gebiete des Privatrechts, eine Selbsthülfe im engern Sinn und eine Privatrache unterscheiden. Eine Beeinträchtigung des freien Gebrauchs der öffentlichen Sachen, eine Gefährdung der Sicherheit der Passage u. s. w. würde nur zur Selbsthülfe im engern Sinn Veranlassung gegeben haben, sie enthält keine Verletzung der Persönlichkeit des Berechtigten. In späterer Zeit tritt an die Stelle dieser vom Volk in formloser Weise gehandhabten Polizei die actio popularis, über die bereits bei Gelegenheit eines ähnlichen Verhältnisses innerhalb der Gens (S. 187) das nöthige bemerkt ist. Wie sehr sich in der actio popularis, die jeder Bürger als solcher anstellen

---

104) Dieser Gesichtspunkt ist namentlich bei der Geschichte des ager publicus nicht außer Acht zu lassen. Er ist das Gemeinde-Land sämmtlicher Patricier, ein gemeinschaftliches, ungetheiltes Eigenthum derselben, und von diesem Gesichtspunkt aus konnten sie die darauf zielenden Bestrebungen der Plebejer im vollen Gefühl ihres Rechts als Angriffe auf ihr Eigenthum zurückweisen.

kann, die ganze Auffassung, um die es uns hier zu thun ist, daß nämlich die Bürger, nicht der Staat das Subjekt der öffentlichen Rechte sind, abspiegelte, darauf braucht wohl nicht erst besonders aufmerksam gemacht zu werden.

Die Privatrache hatte Genugthuung für eine zugefügte Unbill zum Zweck, die Handlung, die sie veranlaßte, war ein delictum privatum, bezog sich ausschließlich auf das Recht dieser verletzten Person. War aber durch das Delikt dem ganzen Volk eine Unbill zugefügt (delictum, crimen publicum) — und dies war mittelbar auch bei einer Handlung möglich, die zunächst nur gegen eine Privatperson gerichtet war — so verstand sich auch hier die Rache des Verletzten von selbst, das ganze Volk übte Rache (vindicta publica). In einzelnen Spuren schimmert dieser primitive Zustand, von dem die Geschichte uns bei andern Völkern so viele Beispiele gewährt und täglich unter unsern Augen wiederholt, noch deutlich genug durch.[105]) Den falschen Zeugen stürzte das Volk vom tarpejischen Felsen, und den homo sacer, über den wir erst bei Gelegenheit des religiösen Prinzips handeln können, schlug todt, wer da Lust hatte. Wie nun aus der Privatrache sich die Klage auf Privatstrafe entwickelte, so aus der vindicta publica die auf öffentliche Strafe (judicium publicum). In späterer Zeit, als der Staat, nicht die Totalität der Einzelnen als der Verletzte aufgefaßt wird, fallen Delikt und Verbrechen, Privat- und öffentliche Strafe sowohl ihrem Begriff als der Form des Verfahrens nach weit auseinander, allein das ursprüngliche ist auch hier die Identität der Gegensätze, wie sie sich noch darin ausspricht, daß die Ausdrücke delictum, vindicta, poena ebensowohl von Verbrechen als Privatdelikten gebraucht wurden.

Der Uebergang von der Volksjustiz zur organisirten Straf-

---

105) Rubino Untersuchungen über römische Verf. S. 478 u. f. hebt die Provokation „als einen geringen Ueberrest einer in der Vorzeit gegen die innern Feinde der Staatsgesellschaft üblichen Volksjustiz" hervor.

rechtspflege erfolgte weit früher, als der der Privatrache zu dem System der Privatstrafen. Zur Zeit der XII Tafeln, wo diese Umwandlung hinsichtlich der Privatrache noch im Werden begriffen ist, war sie hinsichtlich der vindicta publica bereits vollständig abgeschlossen. Woher diese Erscheinung? Vielleicht daher, weil die öffentliche Rache, ich möchte sagen, weit unbeholfener, schwerfälliger und darum weniger lebensfähig war, als die Privatrache. Während nämlich bei letzterer nur zwei Personen sich gegenüber standen, der endliche Zweck der Rache also, die Satisfaction, sich hier durch einen Vertrag beider Personen leicht erreichen ließ, drohten dem Thäter bei der öffentlichen Rache so viel Gegner, als Verletzte — und verletzt war ja jeder Bürger — es nützte ihm also nichts, sich mit Einem oder Mehren von ihnen abzufinden, denn es blieben immer nicht-abgefundene Personen übrig. Das einzige Mittel zur Erledigung der Sache bestand darin, mit dem gesammten, in den Comitien versammelten Volk oder mit Einem, der dasselbe in dieser Beziehung zu vertreten ermächtigt war, den Abfindungsvertrag abzuschließen. Die Organisirung der Strafrechtspflege war also in der That ein Fortschritt im I n t e r e s s e d e s V e r b r e c h e r s. Statt daß ihm früher Rache drohte, wo er stand und ging, statt daß dieselbe früher völlig maßlos und unbestimmt war, und kein Vertrag, keine Berufung auf bereits erlittene Strafe ihn gegen eine abermalige Zufügung derselben schützte, gewährte ihm jene Veränderung nicht bloß den Vortheil einer bestimmten, definitiv festgestellten Strafe, sondern auch die Möglichkeit, auf die Feststellung derselben zu influiren.

Die erkannte Strafe ließ sich wie die Privatstrafe unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen, unter den einer Abfindung der Rache und den einer in veränderter Form vollzogenen Ausübung derselben. Von beiden Gesichtspunkten aus war ein Uebergang von der Volksjustiz zur Strafrechtspflege möglich. Sie gehen übrigens so in einander über, daß man sich schwerlich ausschließlich für den einen oder andern entscheiden

kann. Auch der Geist, in dem das römische Volk zur Zeit der Republik die Strafgerichtsbarkeit handhabte, verträgt gleichmäßig die Unterlegung des einen wie des andern Gesichtspunktes. Bei den Verhandlungen, die vor dem Volke Statt fanden, hing der Erfolg bekanntlich nicht so sehr von der Größe und Strafwürdigkeit des Verbrechens ab, als von dem Maße, in dem das Rachegefühl des Volks erregt, die Verletzung empfunden ward. An einem verhaßten Bürger rächte sich das Volk bei Gelegenheit eines verhältnißmäßig leichten Verbrechens, und bei einem schweren Verbrechen, das aber von einem populären Bürger verübt war, ließ es mit sich handeln und sich dessen gute Gesinnung und dem Staat geleistete Dienste als Abfindungspreis gefallen.

Der Versuch, die Strafgewalt des Volks aus dem Gesichtspunkt zu erklären, daß das Verbrechen alle verletzt hat und darum auch die Rache aller herausfordert, würde diese Gewalt mit der Grundidee, die wir hier verfolgen, daß nämlich der Einzelne der Masse coordinirt sei, in Uebereinstimmung bringen. Die erkannten Strafen, wenn sie auch in Todesstrafe, Exil, Beschlagnahme des Vermögens u. s. w. bestanden, weisen durchaus nicht auf eine Ueber- und Unterordnung, auf eine Macht über Leben und Tod hin. Die Privatrache, bei der ja zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten zweifellos ein coordinirtes Verhältniß Statt fand, gewährt fast zu jeder Strafe ein Seitenstück. Zur Todesstrafe — ich erinnere an den nächtlichen Dieb, den Ehebrecher, den Banquerotteur; zum Verkauf in fremde Sklaverei, den das Volk bei dem, der sich zum Census oder zur Aushebung nicht gestellt hatte (dem incensus und infrequens), vornahm — ich verweise auf den zahlungsunfähigen Schuldner; zur publicatio bonorum — auch der Gläubiger nimmt das zurückgelassene Vermögen seines Schuldners in Besitz. Hinsichtlich des Exils bedarf es keiner Bemerkung, daß das Recht der Ausschließung, welches jeder

Gesellschaft zusteht, niemals eine Ueberordnung voraussetzt, sondern sich rein vom Standpunkt der Societät aus ergibt.

Den bisher entwickelten Ideen steht die Ansicht entgegen, daß das Volk erst zur Zeit der Republik in den Besitz der Strafgewalt gekommen, letztere früher den Händen des Königs anvertraut gewesen und einen ursprünglichen Bestandtheil der königlichen Gewalt gebildet haben solle. So sehr diese Ansicht durch unsere Quellen unterstützt zu sein scheint, so halte ich sie doch für verkehrt. Allerdings stand dem Könige eine sehr wirksame Strafgewalt zu, wir werden aber in §. 17 nachweisen, daß sie sowohl wie die ganze Würde des Königs ursprünglich rein militärischer Natur war. Es muß zugegeben werden, daß sie im Laufe der Zeit die Strafgerichtsbarkeit des Volks beeinträchtigte, ja sie ganz in den Schatten drängte, und ich hoffe, an der angegebenen Stelle dies leicht erklären und motiviren zu können, finde es auch ganz begreiflich, daß unsere Quellen nur den König als Innehaber der Strafgewalt erwähnen. Aber andererseits ward doch dem Volk nicht jeglicher Antheil an der Strafrechtspflege entzogen, wie das Provokationsrecht beweist (§. 17), und einzelne Spuren der vindicta publica haben sich erhalten.

Wenn nun zur Zeit der Republik das Volk im Besitz der höchsten Strafgerichtsbarkeit erscheint, so haben wir uns dies nicht so zu denken, als ob das Volk erst jetzt erhalten hätte, was es bis dahin nie gehabt hatte, sondern die ganze Aenderung gegenüber der Königszeit bestand darin, daß die militärische Strafgewalt, die bis dahin auch innerhalb Roms competent gewesen und mit Ueberschreitung ihrer Schranken die Strafgerichtsbarkeit des Volks beeinträchtigt hatte, von Rom exilirt d. h. den Magistraten, solange sie in Rom verweilten, das militärische imperium und als Sinnbild desselben die Beile von den fasces genommen wurden.[106]) Mit jedem Diktator

106) Cicero de republ. I. 40. Noster populus in pace et domi im-

kehrten das imperium und die Beile vorübergehend zurück, und die ganze Strafrechtspflege ward dann nach Kriegsrecht geübt.

---

Wir erinnern jetzt des Zusammenhanges wegen an den Satz, von dem wir ausgingen, nämlich daß nicht der Staat, sondern das gesammte Volk und mithin jeder Einzelne das Subjekt des jus publicum war. Ist dieser Satz richtig, so muß er wie von den aus dem jus publicum fließenden Rechten so auch von den durch dasselbe auferlegten Pflichten gelten, und in der That gewährt uns das römische Völkerrecht eine schlagende Consequenz. Ein mit einem fremden Volke abgeschlossener Vertrag verpflichtet nicht die beiderseitigen Staatsgewalten, sondern sämmtliche Angehörige beider Völker, darum wird der Einzelne, der diesen Vertrag verletzt, weil er damit eine ihm obliegende Verpflichtung gebrochen, dem fremden Volk überliefert. Krieg und Frieden zwischen zwei Staaten ist Krieg und Frieden zwischen sämmtlichen Individuen.

3. W i l l e d e s S t a a t s i s t W i l l e d e r I n d i v i d u e n, G e s e t z e i n V e r t r a g, w o d u r c h s i c h l e t z t e r e g e g e n s e i t i g z u e i n e r g e w i s s e n H a n d l u n g s w e i s e v e r p f l i c h t e n, d a s R e c h t i m o b j e k t i v e n S i n n d i e d a r a u s e n t s t e h e n d e V e r p f l i c h t u n g A l l e r. Nicht der Staat, sondern die Individuen sind das Subjekt der gesetzgebenden Gewalt; auch letztere also erhebt sich wie die strafrichterliche vom Boden des subjektiven Prinzips aus, die ursprüngliche Form, in der sie erscheint, ist nicht die eines Gebotes und Verbotes über Gehorchende, sondern einer zwischen gleichgestellten Personen getroffenen Uebereinkunft — eine Entwicklung des Rechts im objektiven Sinn aus dem Vertrage heraus, die sich vielerwärts nachweisen läßt.[107])

---

perat et ipsis magistratibus minatur, recusat, appellat, provocat; in bello sic paret ut regi.

107) In Deutschland z. B. bei der Geschichte der landständischen Ver=

Da das Gesetz die Gesammtheit binden soll, so muß es auch von ihr erlassen werden; es ist nichts, als eine auf das ganze Volk angewandte Obligationsform. Ebenso wie bei der Obligirung Einzelner Frage und Antwort (Stipulationsform) nöthig ist, so auch hier; das Volk wird rogirt[108]) und ertheilt durch Abstimmung seine Antwort. Im Geiste dieses ursprünglichen Verhältnisses nennt daher ein römischer Jurist[109]) das Gesetz eine communis reipublicae sponsio.

Etymologisch weist uns der Ausdruck lex auf die Vorstellung des Legens hin, lex wäre also etwa gleichbedeutend mit Auflage.[110]) Der Sprachgebrauch, der diesen Ausdruck gleichmäßig von Gesetzen wie von Privatvereinbarungen[111]) gebraucht, zeigt, daß beide ursprünglich in der Vorstellung der Römer auf einer Linie standen. Gesetz und Vertrag sind ursprünglich nicht durch ihre intensive, sondern bloß durch ihre extensive Wirksamkeit unterschieden, ebenso wie die vindicta

---

fassung. Das Staatsrecht erscheint hier als der Inbegriff der den Ständen vertragsmäßig eingeräumten Rechte.

108) Lex rogatur, testes rogati (aufs Mancipationstestament hinübergenommen von dem testamentum in comitiis calatis) arrogatio (beiläufig gesagt liegt in diesem bei der Testamentserrichtung und der Arrogation vorkommenden Ausdruck rogare ein neuer Beweisgrund für die Ansicht, daß bei beiden Akten eine wirkliche Abstimmung des Volks vorgekommen ist). Uebrigens hat bereits Rubino a. a. O. S. 255 in der Form der Befragung und Abstimmung des Volks die Aehnlichkeit mit der Stipulation erkannt, ohne aber freilich im übrigen den Weg, den ich hier eingeschlagen habe, zu betreten.

109) Papinian in L. 1 de legib. (1.3).

110) Auch unser deutsches Legen, Liegen ist von Gesetz und Verpflichtung gebraucht z. B. Auflage, Obliegenheit, alth. lag, das Gesetz. Die Etymologen streiten aber darüber, ob neben der Wurzel leg im Sinne von zusammensuchen, sammeln (legere in der Bedeutung von Lesen = das Sammeln, Zusammenlesen der Buchstaben) noch eine eigne Wurzel λεχ (legen, lectum = worauf man sich legt d. i. Bett, lex = Auf-lag-e) anzunehmen ist. Pott a. a. O. S. 257, 258.

111) Z. B. vendere, dare hac lege, lex commissoria, leges venalium vendendorum u. s. w.

publica und privata. Eine lex publica ist ein Vertrag Aller, und umgekehrt eine Privatvereinbarung ein Gesetz für die beiden Contrahenten. Wie nun der Privatvertrag, um wirksam zu sein, die Angelegenheiten der Contrahenten zum Gegenstande haben muß, so gleichfalls der öffentliche Vertrag, die lex, die Interessen sämmtlicher Bürger. Der Satz: jus publicum privatorum pactis mutari non potest, läßt sich dahin umdrehen: jus privatum pactis publicis mutari non potest, d. h. das Gesetz soll keine lex privi d. i. privi-legium einführen. [112])

Die Wirkung des Gesetzes für den Einzelnen ist die eines Vertrages, den er selbst mit abgeschlossen hat. [113]) Eine Uebertretung des Gesetzes ist also die Verletzung einer übernommenen Verbindlichkeit, und je nachdem das Volk selbst oder ein Einzelner das Subjekt ist, dem das jener Verbindlichkeit correspondirende Recht zugedacht war, und das mithin durch die Verletzung desselben beeinträchtigt wird, kann das Volk oder der Einzelne zur Selbsthülfe schreiten.

---

Diese Wirkung des Gesetzes, daß jeder g e b u n d e n wird, drückt der Ausdruck jus aus. Lex bezeichnet den Grund des Rechts, den Akt des Auferlegens, jus die Folge, den dauernden Zustand des Gebundenseins. Die lex publica begründet das jus im objektiven Sinn, die Rechtssätze; die lex privata, der Vertrag, das jus im subjektiven Sinn, die Berechtigung. Wie Gesetz und Vertrag, die später so weit auseinander gehn, ursprünglich identisch gewesen sind, so auch Recht im objektiven und subjektiven Sinn.

---

112) Der bekannte Satz aus den XII Tafeln: privilegia ne irroganto.

113) Ob er für oder gegen das Gesetz stimmte, oder an der Abstimmung keinen Antheil nahm, ist für diese Auffassung gleichgültig. Indem er im Staate bleibt, erkennt er das Gesetz hinterher auch für sich als bindend an.

Jus[114]) ist das Band, das Bindende, die Rechtsnorm und zwar jus im objektiven Sinn das, welches alle bindet, allen eine Pflicht auflegt, beziehungsweise ein Anrecht gewährt, jus im subjektiven Sinn das bloß einen Einzelnen bindet und dadurch einem andern ein Recht gewährt. Dieser letztere hat durch die zwischen ihnen beiden vereinbarte lex eine auf sie beschränkte Rechtsnorm des Inhalts, daß der andere dies und das leisten solle, ins Leben gerufen, und da die Handhabung, Vollziehung derselben ihm zusteht (jus ei est), so ist das Recht sein (jus ejus est). Die Normen, die die Gesammtheit sich gesetzt hat oder stillschweigend anerkennt, und über deren Befolgung sie wacht, verhalten sich zu ihr in derselben Weise, d. h. sie erscheinen subjektiv als Berechtigung.

Wir gehen jetzt zu einem Punkt von hoher Wichtigkeit über,

---

114) Von der Sanskrit-Wurzel ju „verbinden", von der auch jugum, das deutsche Joch, jumentum, jungere und eine Menge anderer Wörter in verschiedenen Sprachen stammt. S. des weitern Pott a. a. O. S. 213. Aus dieser Wurzel erklärt Pott auch das seltsame Zusammentreffen der zwei Bedeutungen von jus, nämlich Recht und Brühe. Im Lettischen findet sich nach seiner Angabe das Wort jaut d. h. Mehl mit Wasser einrühren, verbinden. Unser deutsches „Jauche" ist vielleicht dasselbe Wort mit jus im Sinn von Brühe. — Interessant ist die Verschiedenheit der römischen und griechischen Bezeichnung des Rechtsbegriffs. Beide Sprachen bedienen sich zu dem Zweck verschiedener Wurzeln, die übrigens in jeder derselben vorkommen, die griechische der Wurzel dic (δίκη), zeigen, weisen, von der in der lateinischen Sprache dicere, digitus u. s. w. stammt, letztere der Wurzel ju, von der in der griechischen Sprache ζυγὸν, jugum. Das griechische Wort entspricht unserm deutschen „Weise" und hat, wie letzteres, die doppelte Bedeutung von „Art und Weise" und die von Norm, Regel (wie im Deutschen z. B. die Gesangweise). Δίκαιος ist seiner ursprünglichen Bedeutung nach der, der die Art befolgt, der Art-ige. Das beide Bedeutungen vermittelnde Moment ist das des Musters, Vorbildes; aus dem Vorbilde, der Präcedenz wird Brauch, Sitte, Recht. Die griechische Sprache faßt also bei ihrer Bezeichnung des Rechtsbegriffs das Moment des Hergebrachten, Ueblichen ins Auge, die Entstehung aus der Gewohnheit, die lateinische Sprache die Wirkung, nämlich die verbindende Kraft des Rechts. Ich brauche nicht hinzuzufügen, welche Auffassung die höhere ist.

bei dem unsere Ausführung über das Prinzip des subjektiven Willens gewissermaßen ihre Probe zu bestehen hat, es ist dies nämlich:

### 4. Das Verhältniß des Staats zum Privatrecht.

Nach einer verbreiteten Ansicht, die auf den ersten Blick etwas Scheinbares hat, hätte das Privatrecht in ältester Zeit in völliger Abhängigkeit vom Staat gestanden und sich erst nach und nach daraus befreit, während umgekehrt unser Prinzip des subjektiven Willens uns zur Annahme des gerade entgegengesetzten Extrems zwingt, nämlich der ursprünglichen völligen Unabhängigkeit des Privatrechts vom Staat. Der Schein, den jene Ansicht für sich hat, besteht in den öffentlichen Formen, in denen das Privatrecht jener Zeit auftritt, so wie in der Gegensatzlosigkeit des gesammten Rechts, die wir in §. 19 berühren werden. Aber gerade jene Formen beweisen, daß der Staat an sich mit dem Privatrecht nichts zu thun hat, sie werden eben nur angewandt, um ihn mit demselben in eine Beziehung zu setzen, die von vornherein nicht existirt. Jene Gegensatzlosigkeit aber besteht nicht darin, daß der Staat das Privatrecht, sondern das Privatrecht den Staat dominirt d. h. daß der Staat nach privatrechtlichen Prinzipien construirt ist. Es wäre gegen alle Geschichte, daß der Staat das Privatrecht aus sich sollte geboren haben; das Gefühl der individuellen Selbständigkeit ist das absolut erste, und erst im mühsamen, allmähligen Kampfe mit demselben gelangt das Staatsprinzip zur Herrschaft.

Die von uns eben behauptete ursprüngliche Selbständigkeit des Privatrechts ist eine nothwendige Consequenz des Prinzips des subjektiven Willens. Der Staat kann auf indirektem Wege einen Einfluß auf das Privatrecht ausüben, z. B. durch Entziehung politischer Rechte (Censor), aber er hat keine direkte Macht über dasselbe. Er hat das Privatrecht nicht verliehen und darf es darum auch nicht beschränken. Die Gemeinschaft, deren Ausdruck er ist, beschränkt sich auf die öffentlichen d. h.

Allen gemeinsamen Interessen; nur sie bilden den Gegenstand seiner Sorgfalt, den Gegenstand des allgemeinen Vertrages, der lex publica. Das Privatrecht aber hat seinen Grund in der Privatperson selbst, letztere selbst muß es durch eigne Thätigkeit begründen und geltend machen; die ganze privatrechtliche Sphäre liegt außerhalb des Bereiches des Staats, so wie die persönlichen Verhältnisse eines Gesellschafters außerhalb des der Societät. Selbst als der Staat immer mehr in diese Sphäre eingriff, beschränkend und schützend, läßt sich doch noch deutlich jene Grundansicht von dem Verhältniß des Staats zum Privatrecht erkennen, wie dies im zweiten System nachgewiesen werden soll. Indem wir dieser Erörterung hier nicht vorgreifen, beschränken wir uns darauf, den Punkt aufzusuchen, an dem sich das Gebiet des Privatrechts der Einwirkung des Staats zuerst öffnet, und die daraus zwischen beiden entstehenden Beziehungen ins Auge zu fassen.

Wir sind bei unserer Darstellung der Selbsthülfe bereits auf diesen Punkt gelangt (S. 141) — es war die Sicherung der Rechtsgeschäfte durch Einholung der Garantie des Volks — und wir nehmen den Faden der Entwicklung, den wir dort fallen lassen mußten, hier wieder auf. Die Hauptgeschäfte des ältesten Rechts wurden unter öffentlicher Garantie vorgenommen, alle wichtigeren Rechte stützten sich entweder unmittelbar oder mittelbar auf Anerkennung und Zusicherung von Seiten des Volks. Unmittelbar erfolgte diese Garantie bei dem testamentum in comitiis calatis und in procinctu und der arrogatio, mittelbar bei der mancipatio (S. oben S. 141) mit ihren verschiedenen Anwendungsfällen wie z. B. dem nexum und der Eingehung der Ehe durch coemptio, bei der confarreatio (S. oben S. 181) der usucapio (S. unten) dem census. Die in jure cessio, eine Schein-Vindikation, bei der die Partheien darüber einig waren, daß dem Kläger das in Anspruch genommene Recht zugesprochen werden sollte, ließe sich gleichfalls unter diesen Gesichtspunkt bringen; denn der Spruch des Prätors

stützte sich mittelbar auf die Autorität des Volks, das ihn gewählt hatte. Diese Geschäftsform aber gehört nicht mehr dem System der Selbsthülfe an, sondern einer Zeit, die das rechtliche Verfahren bereits mit einer gewissen Freiheit zu handhaben verstand, insofern sie es nämlich zum Mittel für einen fremden Zweck machte. Gewiß ist auch, nachdem die in jure cessio einmal aufgekommen, der Kreis ihrer Anwendbarkeit erst nach und nach erweitert, und manche rechtliche Disposition, die mittelst ihrer getroffen werden konnte, mag ursprünglich in einer anderen Form vorgenommen sein, von der wir jetzt keine Kunde mehr haben. So möchte ich z. B. für die Freilassung die Bewirkung derselben durch vindicta d. h. in jure cessio für eine neuere, bequemere, weil jeder Zeit anwendbare Form halten (wie denn auch von den Römern selbst der erste Fall ihrer Anwendung im richtigen Takt erst in den Anfang der Republik gelegt wird) gegenüber der älteren, lästigeren, weil nur alle 5 Jahr anwendbaren, Form durch census. Jene steht zu dieser in demselben Verhältniß der Erleichterung hinsichtlich der Zeit und der Vornahme des Akts, als das Mancipationstestament zu der nur zwei Mal im Jahr Statt findenden Testamentserrichtung vor den Comitien. Die Freilassung durch census gewährt uns einen unzweifelhaften Fall der mittelbaren Volksgarantie; gewiß wurde diese Form auch bei andern Geschäften z. B. Bestellung von Urbanalservituten, Uebertragung von Eigenthum u. s. w. benutzt. Aber während für die Freilassung die neuere Form der in jure cessio die ältere nicht verdrängt hat, ist dies vielleicht bei manchen andern der Fall gewesen, und in der in jure cessio mögen ebensosehr längst bekannte, an lästigere Formen geknüpfte Geschäfte sich verjüngt, wie andere in ihr zuerst eine sicherstellende Form gewonnen haben. Darum ist es mir sehr bedenklich, von der Anwendbarkeit der in jure cessio Schlüsse auf das älteste Recht zu ziehen; sie hat in meinen Augen nicht jenen ursprünglichen Charakter, wie die übrigen eben genannten Formen.

Mit Hülfe nun der bisher betrachteten Formen des ältesten Rechts ließen sich alle wichtigeren Rechte unter Garantie des Volks stellen. Die Freiheit durch den census, die Ehe durch confarreatio und coemtio und folglich auch die väterliche Gewalt über die aus dieser Ehe erzeugten Kinder, die Begründung der letzteren ohne Ehe durch arrogatio (die adoptio im engern Sinn erfolgt in Form der in jure cessio), die Vormundschaft durch Testament, das Eigenthum und die Rusticalservituten durch mancipatio (Urbanal- und persönliche Servituten durch in jure cessio), Obligationen durch nexum, Erbeseinsetzung, Legate u. s. w. durch die beiden öfters genannten Testamentsformen.

Die Bedeutung dieser Volksgarantie für die Entwicklung des Rechts besteht in folgendem. Zuerst in unmittelbar praktischer Beziehung darin, daß sie der Selbsthülfe den höchsten Grad der Sicherheit verlieh, indem sie die Versuche des Widerstandes in der Geburt unterdrückte; der Widerstand gegen den, der auf Grund eines vom Volk garantirten Geschäfts zur Selbsthülfe schritt, war Widerstand gegen das gesammte Volk, eine Provokation aller Bürger, ihre Schutzpflicht zu erfüllen. Sodann aber in rechtsphilosophischer Beziehung darin, daß diese Volksgarantie das Medium wird, durch das der Rechtsbegriff selbst eine höhere Stufe beschritt. Das Concrete war hier, wie so oft in der Geschichte des römischen Rechts, die Brücke zum Abstracten; aus dem Schutz der Rechte entwickelte sich der Schutz des Rechts. Die üblich gewordene Gewährleistung der einzelnen concreten Privat-Rechte setzt als Bodensatz die Idee an, daß das Privatrecht im abstracten Sinn Gegenstand der Fürsorge und der Gewährleistung des Staats sei, und aus der Berechtigung der Gemeinde, die nachgesuchte Garantie an Bedingungen zu knüpfen, entwickelt sich die Idee, daß der Staat berechtigt sei, durch beschränkende Gesetze in das Gebiet des Privatrechts einzugreifen. Berechtigt der Schutz der Rechte zu Beschränkungen, so auch der Schutz des Rechts.

Die ursprünglichste Form also, in der die schützende und beschränkende Macht des Staats auf dem Gebiete des Privatrechts sich zeigt, ist die eines Vertragsverhältnisses. Die Gemeinde sichert durch Vertrag ihren Schutz zu, und der Nachsuchende läßt sich die Bedingungen gefallen, an die die Gemeinde diese Garantie knüpft. Beides also, der Schutz wie dieser Kaufpreis desselben, stützt sich auf den freien Willen der Partheien, beruht auf einem coordinirten Verhältniß. Begehrt der Berechtigte die Garantie des Volks nicht, so kann dieses ihn nicht beschränken; sein eigner Wille erschließt die Privatrechtssphäre der Einwirkung des Staats.

Während aber diese Zuziehung des Staats ursprünglich ganz vom Standpunkt des subjektiven Prinzips aus erfolgt und einerseits als eine Consolidirung dieses Prinzips aufgefaßt werden kann, liegt andererseits darin doch bereits der Keim einer Abschwächung desselben. Es entsteht ein Gegensatz des subjektiven Prinzips und der Intervention von Seiten des Staats, es erhebt sich innerhalb des Rechts der Dualismus der öffentlich garantirten und nicht garantirten Rechte, und es ist begreiflich, daß die ersteren die letzteren überflügeln und herabdrücken. Fragen wir zunächst, wie sich dies Verhältniß innerhalb des Systems der Selbsthülfe stellte, so war der Innehaber eines nicht garantirten Rechts zur Selbsthülfe so gut berechtigt, wie der eines garantirten, und nur in der Beziehung war seine Lage eine ungünstigere, daß der Erfolg der Selbsthülfe ihm vom Volk nicht verbürgt war. Sein Recht konnte aber trotzdem so zweifellos sein z. B. wenn ein Delikt gegen ihn verübt war, daß es ihn keine Mühe kostete, den nöthigen Beistand zu gewinnen. Es gab manche Fälle, in denen man die Garantie des Volks gar nicht im voraus nachsuchen konnte, nämlich bei allen Delikten, andere, in denen man wegen Unbedeutendheit des Objekts dies zu unterlassen pflegte.

Die Divergenz zwischen den garantirten und nicht garantirten Rechten nahm aber in eben dem Maße zu, als das Sy-

stem der Klagen sich consolidirte. Nicht als ob eine Klage, diese Form, in der sich später der Schutz der Gemeinde wirksam erweist, nur für garantirte Rechte gegeben worden wäre; — vielleicht zeichnete sie sich in diesem Falle durch den Zusatz ex jure Quiritium (s. u.) und ein eigenthümliches Verfahren[115]) aus — in allen Fällen, in denen eine Garantieertheilung von Seiten des Volks von jeher entweder nicht möglich oder nicht üblich war, mußte nicht weniger eine Klage zugestanden werden. Dahingegen blieb sie versagt, wenn Jemand bei Rechtsgeschäften, die garantirt zu werden pflegten, die nöthige Form nicht beobachtet hatte. Darin aber liegt das Besondere dieses Falles — und es bewährt sich daran, wie fest das subjektive Prinzip in der römischen Rechtsansicht wurzelte — daß hier dennoch ein

---

115) War vielleicht der Centumviralgerichtshof für die Geltendmachung der öffentlich garantirten Rechte bestimmt? Die Zusage des Schutzes, die das Volk unmittelbar oder durch Repräsentanten gegeben, wäre hier durch einen Ausschuß des Volks gelöst. Alle Fälle, die Cicero in der bekannten Stelle de oratore I. c. 38. der Competenz dieses Gerichtshofes zuweist, gehören zur Klasse der garantirten; die jura gentilitatum, agnationum, gestützt auf die staatsrechtlich anerkannte Verbindung der Gens und die ursprünglich römische d. h. durch confarreatio, coemtio oder usus begründete Ehe mit manus; die jura testamentorum und tutelarum auf lex und öffentliches Testament; die jura mancipationum, nexorum, parietum, luminum u. s. w. auf die Mancipationsform und die in jure cessio; hinsichtlich der usucapio s. S. 212. Daß im Centumviralgericht der Staat in einer engeren Beziehung zum Individuum erscheint, als bei dem judex privatus, hat man herausgefühlt, den Grund davon aber darin gesucht (Puchta, Cursus der Instit. B. 2. §. 153), daß der Staat hier sein Interesse geltend mache — was dem Zweck der Rechtspflege gegenüber weniger wahrscheinlich ist —, während nach meiner Vermuthung es sich als höchst natürlich ergibt, daß der Staat oder das Volk den rechtlichen Schutz solcher Verhältnisse, die ausdrücklich unter seine Garantie gestellt sind, selbst in die Hände nimmt und nicht dem judex privatus überweist, wenigstens nicht gegen den Willen des Berechtigten. Erst hier war für meine Auffassung des ältesten Rechts der passende Ort, das Centumviralgericht zu erwähnen, was ich nur bemerke, um mich zu rechtfertigen, wenn ich dasselbe bei der Entstehung des Richteramts mit Stillschweigen überging.

Recht angenommen ward, ein Recht freilich von sehr geringer praktischer Bedeutung und nicht durch Klage geschützt, aber dennoch ein Recht. Wer eine Ehe abgeschlossen hatte ohne die Form der confarreatio oder coemtio, bekam weder an der Frau, noch den Kindern die römische potestas; aber es war doch nach der natürlichen Rechtsansicht (naturalis ratio) eine Ehe. Wer sich eine Sache, die mancipirt zu werden pflegte, ohne Mancipationsform hatte zu eigen geben lassen, bekam daran kein römisches Eigenthum, war nicht zur Vindikation berechtigt, aber nach natürlicher Rechtsansicht galt er als Eigenthümer. Insofern man nun Recht und Klage mit einander identificirte, mußte man in diesen und ähnlichen Fällen die Existenz eines Rechtes verneinen und den begründeten Zustand als eine bloß faktische Ausübung desselben bezeichnen (in facto magis consistit, quam in jure); insofern man dies Verhältniß aber vom Standpunkt des subjektiven Prinzips aus beurtheilte, mußte man sagen: nach der naturalis ratio liegt hier ein Rechtsverhältniß vor, dem es nur an der Anerkennung von Seiten des Staats gebricht.

Man könnte mir einwenden, das angebliche Rechtsverhältniß bestehe in nichts anderm, als daß Jemand, der objektiv kein Recht erworben, weil er die nöthigen Formen vernachlässigt habe, sich dennoch einbilde, ein Recht zu haben. Allein gerade dieser Einwand charakterisirt den Gegensatz der heutigen und altrömischen Auffassung. Für uns, die wir den Staat als die Quelle des Rechts betrachten, würde in jenem Falle nichts, als die subjektive Einbildung eines Rechts vorliegen; für die Römer aber, die den subjektiven Willen als letzten Grund des Rechts auffaßten, fiel der Begriff des Rechtes und des Staatsschutzes aus einander. Wie es Rechte gab, bevor der Staat sie schützte, so auch, nachdem letzteres die Regel geworden war, ohne daß er sie schützte. Nur die Klage, nicht das Recht selbst gewährt und entzieht der Staat.[116]) Spricht der Richter ein

116) Cicero pro Caecina c. 26 und c. 33. Nam ut perveniat ad me

in Anspruch genommenes Recht ab, so heißt das genauer ausgedrückt: er erklärt bloß die Unzulässigkeit der Klage, nicht die Nichtexistenz des Rechts selbst. Ebenso bezieht sich die gesammte Thätigkeit des Prätors nur auf die Klage; er verleiht, verweigert Klagen, ohne daß dadurch das Recht selbst getroffen würde, und wenn er einem Berechtigten die faktische Ausübung des Rechts völlig entzogen hätte und ihm jegliche rechtliche Geltendmachung desselben verwehrte, das Recht selbst kann er nicht aufheben. Die ganze Privatrechtspflege auch der spätern Zeit weist auf diesen Gesichtspunkt hin.

Worin lag nun die praktische Realität eines vom Staat nicht anerkannten, aber nach natürlicher Ansicht vorhandenen Rechts? Sie lag theils in der Macht dieser Ansicht selbst d. h. in der thatsächlichen Anerkennung, die man unter dem Einflusse einer solchen Rechtsanschauung einem derartigen Recht zukommen ließ, theils in der formlosen Selbsthülfe, soweit dieselbe erfolgreich war d. h. in ihrer Richtung auf Schutz im Besitz,[117]) theils bei einigen Rechten in einem Institut, das den Uebergang derselben in rechtlich anerkannte vermittelte, der Usucapion. Letztere bildet für diese Rechte die Brücke vom subjektiven Prinzip zum Gebiet des Staatsschutzes; sie verschafft dem vom Standpunkt des subjektiven Prinzips aus vorhandenen Recht — wir wollen es ein rein subjektives nennen — den Charakter eines öffentlich anerkannten. Eine formlose öffentliche Anerkennung kann man darin finden, daß jenes Recht längere Zeit hindurch

---

fundus, testamento alicujus fieri potest; ut retineam, quod meum factum est, sine jure civili non potest. Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur. — Primum illud concedis non quidquid populus jusserit, ratum esse oportere u. s. w.

117) In Anwendung auf eine obligatio naturalis bestand dies in der soluti retentio gegenüber der condictio indebiti.

unangetastet geblieben. Diese stillschweigende Anerkennung in der Usucapion verhält sich zur ausdrücklichen in der Mancipationsform, wie die stillschweigende Anerkennung von Rechtssätzen durch den usus, das Gewohnheitsrecht, zur ausdrücklichen durch eine lex. Die Usucapion ist keine Consequenz des subjektiven Prinzips, sondern ein Glied vom System der Staatsgarantie; darum findet sie sowenig wie irgend eine Form, durch welche die Staatsgarantie ausdrücklich ertheilt wird, auf Nichtrömer oder auf Provinzialgrundstücke Anwendung.

Die spätere Entwicklung der subjektiven Rechte fällt in eine zu ferne Zeit, als daß wir sie hier berücksichtigen könnten; es genügt uns, in ihnen den letzten Rest der ursprünglichen Selbständigkeit des subjektiven Prinzips, der Unabhängigkeit des Privatrechts vom Staat nachgewiesen zu haben. Der Dualismus zwischen ihnen und den vom Staate anerkannten Rechten reicht seinem Keime nach in die ältesten Zeiten, vielleicht weit über Rom hinauf; er begann mit dem ersten Geschäft, das unter den Schutz der Gemeinde gestellt wurde. Die erste Form desselben war die des Gegensatzes zwischen speziell vom Volk garantirten Rechtsgeschäften und allen übrigen Recht erzeugenden Thatsachen, die zweite Form die des Gegensatzes zwischen allen vom Staat anerkannten und nicht anerkannten d. h. klagbaren und klaglosen Rechten, von denen jene wiederum in concret und abstract anerkannte zerfielen, erstere sich stützend auf eine von Seiten des Volks mittelbar oder unmittelbar vorgenommene Genehmigung des e i n z e l n e n Geschäfts, diese auf einen allgemeinen, sie abstract anerkennenden Rechtssatz.

Aus dieser spätern Verschiebung des ursprünglichen Gegensatzes erklärt es sich vielleicht, daß jene für die ganze Entwicklung des Rechtsbegriffs so außerordentlich bedeutungsvolle concrete Anerkennung der Rechtsgeschäfte durch das Volk von den römischen Juristen so wenig beachtet wird; auch kömmt ja hinzu, daß sie nur beim alten testamentum in comitiis calatis und der arrogatio direkt zu Tage liegt, bei der Mancipation, Usucapion

u. s. w. erst durch Schlußfolgerungen ermittelt werden muß. Innerhalb des Klagensystems standen die garantirten Geschäfte, möchte ich sagen, in Reih und Glied, während sie früher die Vorkämpfer gewesen waren, welche der Idee des Staatsschutzes erst Bahn brechen mußten. Als dies geschehen, als sie das Privatrecht von seinem Standpunkt des subjektiven Prinzips aus auf dem natürlichsten Wege mit dem Staat zusammengebracht hatten, da war ihre Aufgabe beendet, ihre wahre Bedeutung dahin und konnte in Vergessenheit gerathen. Aber hat die Sprache, die treue Pflegerin so mancher Reminiscenzen, uns keine Spur jenes ältesten Dualismus innerhalb des Rechts aufbewahrt? Vielleicht steckt eine solche Spur in dem viel bestrittenen Ausdruck jus Quiritium. Einen Anhaltspunkt für diese Vermuthung gewährt uns die Vindikation und Mancipation ex jure Quiritium. Ein leerer Zusatz kann dieser Ausdruck bei der Vindikation [118]) nicht gewesen sein, das widerstrebt der Weise der Römer, ihrer allbekannten Genauigkeit in der Formulirung der Klagen. Derselbe kann also nicht bloß bedeutet haben, daß diese Klage nach streng römischem Recht beurtheilt werden solle, wie hätte er dann bei den andern Klagen des streng römischen jus civile fehlen können? Er hat eine engere Bedeutung gehabt, eine höhere G r a d a t i o n des r ö m i s c h e n Rechts selbst ausgedrückt, und eine solche hat sich uns ergeben bei den vom Volk garantirten Rechten. Im Formular des Mancipationstestaments werden die Quiriten ausdrücklich als testes aufgerufen, bei der gewöhnlichen Mancipation [119]) wird auf das Recht der Quiriten Bezug genommen. Wenn nun die auf solche Weise erworbenen Rechte durch eine Vindikation ex jure Quiritium [120]) geltend gemacht werden und zwar geltend gemacht vor dem Centum-

118) Gaj. IV. §. 16.

119) Gaj. I. §. 119.

120) Ob der Zusatz früher bei jeder Vindikation vorkam, ob er nicht in späterer Zeit, als er seine Bedeutung verloren, hier aufgenommen, dort weggelassen wurde u. s. w., das läßt sich nicht ermitteln.

viralgerichtshofe, so liegt es nahe, in diesem Ausdruck eine Hinweisung auf die Eigenthümlichkeit dieses ganzen Verhältnisses zu erblicken. Ein Recht ex jure Quiritium würde also ein nach der Weise der Quiriten unter den Schutz der Gemeinde gestelltes Recht sein, ausgezeichnet im System der Selbsthülfe durch Verbot und Erfolglosigkeit des Widerstandes gegen die Selbsthülfe, im Klagensystem durch den von dem Centumviralgericht als einer das Volk vertretenden Behörde ertheilten Schutz.[121]) Wie es sich übrigens mit dieser Vermuthung über den Sinn jenes Ausdrucks auch verhalten möge, für das materielle Resultat der obigen Ausführung ist dies gleichgültig.

---

Es bleibt uns jetzt noch ein Punkt übrig, an dem wir gleichfalls die Wirksamkeit der im bisherigen verfolgten Ideen zu erproben hätten, nämlich das Königthum. Dasselbe entspricht nun zwar nach einer Seite hin dem subjektiven Prinzip, insofern nämlich die Wahl des Königs sich als ein Vertrag zwischen Volk und König bezeichnen läßt, allein andererseits reicht es dadurch über dasselbe hinaus, daß es von vornherein ein Verhältniß der Ueber- und Unterordnung begründet und wird daher am zweckmäßigsten bei Gelegenheit der Wehrverfassung (§. 17) zu betrachten sein.

Bevor wir den Gegenstand, der uns bisher beschäftigte, verlassen, mögen mir noch einige Bemerkungen über den Werth der gefundenen Resultate verstattet sein. Dürfen wir sie Resultate nennen, oder sind sie nicht vielmehr reine Construktionen? Ich

---

121) Den Schutz des Volks anrufen hieß Quiritare. Varro de ling. lat. VI. 68. Quiritare dicitur is, qui Quiritum fidem clamans implorat. Fides Quiritium darum, weil und insofern das Recht unter dem Schutz der Quiriten stand, ihre fides also erforderte, daß sie denselben gewährten. Fides ist daher der stehende Ausdruck f. die Beispiele bei Brissonius de voc. ac formul. lib. VIII. c. 21.

räume gern ein, daß ich construirt habe, allein wer mir dies verwehren will, der bestreite mir vorher das Recht, aus gegebenen Thatsachen Schlüsse zu ziehen, läugne den Satz, daß die Rechtsanschauung jeder Periode der Geschichte eine einige ist, keine Widersprüche in sich schließen kann. Bequem ist es, die Geschichte gleich mit einem großen Kapital von Begriffen beginnen zu lassen, den ersten Aeußerungen der Staats- und Rechtsbildung von vornherein unsere heutigen Ideen unterzulegen, res publica, lex, poena, judex u. s. w. mit Staat, Gesetz, Strafe, Richter u. s. w. zu übersetzen — dann ist man mit einem Male über alle Schwierigkeiten hinweg. Aber trägt man hier nicht mehr hinein, als ich mit allen meinen Construktionen? Der Gedanke, der mich geleitet hat, ist der: man darf sich nicht beruhigen bei den äußern Formen des Staats- und Rechtslebens, denn sie können bei äußerer Aehnlichkeit unendlich verschieden sein, sondern es kömmt darauf an, ihren inneren Gehalt d. h. die Ideen, auf denen sie beruhen, zu ermitteln. Nun gewährt noch das spätere römische Recht Anhaltspunkte genug, um diese Operation wenigstens hinsichtlich einiger Punkte vorzunehmen. Wenn aber an ihnen eine bestimmte Rechts- und Staatsanschauung sich manifestirt, so kann dieselbe sich nicht selbst widersprochen haben, wir sind berechtigt, ihre nothwendigen Voraussetzungen und Consequenzen zu entwickeln und uns die ganze Rechtswelt im Geiste dieser Anschauung zu denken. Ein mehres haben wir nicht gethan. Wir haben uns den Staat gedacht vom Standpunkt des subjektiven Prinzips aus, unter der Herrschaft privatrechtlicher Auffassung. Das Gewicht der speziellen äußern Gründe, die uns zur Einnahme dieses Standpunktes veranlaßten, wird verstärkt durch naheliegende[122]) historische Ana-

---

122) Wenn wir unsern Blick auch nur auf Deutschland beschränken, so finden wir schon genug Analogien. Der Lehnsstaat war ein Staat mit privatrechtlicher Construktion, die Patrimonialgerichtsbarkeit beruht auf privatrechtlicher Auffassung des Richteramtes; die Capitulationen der Churfürsten mit dem Kaiser, die Verträge der Stände mit dem Landesherrn u. s. w. ge-

logien, so wie durch die Natur der Sache selbst. Dem menschlichen Geiste ist die Abstraction eines Staates als eines von den natürlichen Personen verschiedenen und ihnen übergeordneten Wesens nichts weniger als angeboren, sondern erst durch ein langes Bestehen und Wirken der Staatsgewalt mühsam abgerungen. Die ursprüngliche, kindliche Ansicht erblickt in der Staatsgewalt nur das Recht und die Macht dieser concreten Person (Patrimonialstaat) oder sämmtlicher Personen, die zu ihm gehören (Republik), und in diesem Geiste wird diese Macht ursprünglich gehandhabt.

Wenn wir also Veranlassung genug hatten zu dem Versuch, dem ältesten Staat eine rein privatrechtliche Auffassung unter zu legen, so haben wir, glaube ich, keine Ursache, diesen Versuch zu bereuen. Er hat uns mehr gezeigt, als die bloße praktische Möglichkeit eines von rein privatrechtlichen Ideen getragenen Staats, er hat uns einen Blick in die innerste Bildungsgeschichte des römischen Rechts und Staats thun lassen und uns auf die versteckten Wurzeln mancher Institute aufmerksam gemacht. Ich hebe hier vor allem hervor die ursprüngliche Identität der lex publica und lex privata, des jus im objektiven und subjektiven Sinn, der vindicta publica und privata und sodann namentlich die hohe Bedeutung des Vertrages. Der Vertrag ist das Mittel, wodurch das Recht aus dem primitiven Zustand unmittelbarer Existenz und Verwirklichung im Leben heraustritt und feste Formen gewinnt. Dem Gewohnheitsrecht gegenüber, das eben der Zustand der Unmittelbarkeit des Rechts ist, tritt im Gesetz eine Aenderung und Erweiterung des Rechts durch gemeinsamen Vertrag auf. Die vindicta privata und publica führen durch Vertrag zur poena

---

währen Seitenstücke zu meiner Auffassung der lex als eines Vertrages, die Basirung der Rechtsfähigkeit der Juden als kaiserlicher Kammerknechte auf den erwirkten kaiserlichen Schutz ein Seitenstück zu meiner Ansicht von der vertragsmäßigen Garantie der Rechte durch das Volk, das Fehderecht des Mittelalters zu meinem System der Selbsthülfe u. s. w.

und damit zur Entstehung der Klagen auf Privatstrafen und der Strafrechtspflege. Der Selbsthülfe entkeimt zuerst durch den Vertrag die schiedsrichterliche Entscheidung, sodann das Richteramt und der Civilprozeß. Vertrag ist das Medium, wodurch Staat und Privatrecht zuerst in Berührung treten; aus der vertragsmäßigen Garantie der Rechte entwickelt sich die Idee von der Garantie des Rechts durch den Staat und der Unterwürfigkeit des Privatrechts unter den gesetzgeberischen Willen des Staats. Als Vertrag läßt sich auch die Wahl der Könige und Magistrate bezeichnen, auf Vertrag beruht, wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden, das ganze Völkerrecht. So knüpft also die Entstehung der Gesetzgebung, der Strafrechtspflege, des Civilprozesses, des Beamtenthums so wie die Idee des öffentlichen Rechtsschutzes an den Vertrag an, der staatlichen Gemeinschaft selbst liegt der Vertragsgesichtspunkt zu Grunde, das ganze Völkerrecht löst sich in Verträge auf. Es nimmt sich fast so aus, als ob uns hier das älteste römische Recht als Beleg für die Wahrheit der naturrechtlichen Construktion des Staats hätte dienen sollen, und im vorigen Jahrhundert zur Zeit der Herrschaft des Naturrechts würde der eben hervorgehobene Gesichtspunkt auf eine ebenso günstige Aufnahme haben rechnen dürfen, wie er jetzt unter der Ungunst eines partiellen Zusammentreffens mit naturrechtlichen Ideen leiden kann. Dies Zusammentreffen ist kein zufälliges. Der Vertragsstandpunkt ist die niedrigste Stufe, die der Staat selbst sowohl als die wissenschaftliche Betrachtung desselben einnehmen kann; kein Wunder, daß auf ihm das Naturrecht und das älteste römische Recht sich begegnen. Wie in Rom der Staat selbst diesen Standpunkt im Lauf der Zeit praktisch überwand, so hat auch unsere heutige Theorie des Staats ihn zurückgelegt, aber mögen wir im Besitz einer würdigeren Auffassung des Staats die relative Berechtigung jenes Standpunktes nicht verkennen und nicht mit derselben Einseitigkeit, mit der die naturrechtliche Doctrin ihre der Kindheitszeit des Staats entsprechende Ansicht dem Staat über=

haupt unterlegte, so umgekehrt unsere heutige dem Mannesalter entnommene Auffassung desselben auf alle Zeiten übertragen. Fiel jene Doctrin in den Fehler, den Staat zu verflachen und zu erniedrigen, so droht uns die Gefahr, von der Höhe unseres heutigen Standpunktes die wirklichen Flächen und Niederungen in der Geschichte des Staats zu übersehn, so sind wir geneigt der Frage nach dem Werden des Staats und Rechts lieber gänzlich auszuweichen und beide für gewissermaßen auf übernatürliche Weise von Gott fertig in die Welt gesetzte Institutionen zu erklären, als zuzugeben, daß sie in prosaischer Weise durch Menschenhand gemacht sind. Der Romantik unserer heutigen historischen Ansicht könnte ein Zusatz von etwas derber Prosa gar nicht schaden, und es heißt gewiß den Gott, den man in der Geschichte sucht, würdiger erkennen, wenn man ihn im Menschenwerk nachweist, wenn man zeigt, daß er auf die natürlichste und verständlichste Weise durch den frei handelnden Menschen aus dem Kleinsten das Höchste hervorbringt, als wenn man ihn auf übernatürliche Weise durch Wunder thätig werden läßt.

**Stellung außerhalb der Gemeinschaft — Volle Negation des Rechts, der Kriegsfuß — Relative Berechtigung dieses Standpunktes — Milderungen — Einfluß des Handels — Das hospitium — Entstehung des internationalen Rechts aus dem Vertrage heraus — Die Clientel, precarium und peculium.**

XVI. Es ist bereits früher (S. 100) bemerkt, daß das römische Recht sich nie zur praktischen Anerkennung der Rechtssubjektivität des Menschen als solchen erhoben hat. Dasselbe beschränkt die Rechtsfähigkeit auf die römischen Bürger und die Mitglieder der Staaten, mit denen Rom Verträge abgeschlossen hat. Neben dem Zugeständniß, daß die Menschen nach dem theoretischen jus naturale frei geboren würden, lehren doch noch die klassischen Juristen als praktisches Recht den Satz:[123]) si

---

123) L. 5. §. 2. de capt. (49. 15).

cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenerit, illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Der Kriegsfuß also gilt noch zu ihrer Zeit als das von vornherein gegebene völkerrechtliche Verhältniß, der Friede, pax, ist erst das Resultat des pacisci. Jener Kriegsfuß ist aber völlig gleichbedeutend mit gänzlicher Rechtlosigkeit aller dem Staat, mit dem man nicht paciscirt hat, angehörigen Individuen.

Diese Auffassung, die uns noch in so später Zeit ausdrücklich bezeugt wird, ergibt sich nun für die älteste Zeit als eine so nothwendige Consequenz des ganzen Rechts, daß wir, auch verlassen von allen positiven Zeugnissen, sie mit völliger Sicherheit supponiren dürften. Die Anerkennung der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit des Fremden würde eine totale Scheidung des Privatrechts vom öffentlichen, eine Selbständigkeit beider voraussetzen. Wir haben aber gesehen, daß diese beiden Seiten des Rechts ursprünglich ganz und gar in einander verwachsen sind, daß ferner die Idee des vom Staate zu leistenden Rechtsschutzes an einen mit dem Staat geschlossenen Vertrag anknüpft. Wie hätte ein Fremder den Schutz des römischen Volks oder der Magistrate fordern können, da die Bürger selbst sich denselben erst ausdrücklich zusichern lassen mußten? Wie konnte er sich auf römische Gesetze berufen, die doch nur eine Vereinbarung der römischen Bürger unter sich enthielten, wie Theil zu nehmen begehren an Institutionen, die sie für sich eingeführt?

Das römische Recht ist wie der Staat für die Römer da, oder näher bezeichnet es ist beschränkt auf die Gentilitätsverbindung. Gentilität und volle Rechtsfähigkeit, Nicht-Gentilität und volle Rechtlosigkeit ist ursprünglich gleichbedeutend, es gibt von vornherein keine Gradationen der Rechtsfähigkeit. Nur wer innerhalb der Gens steht, ist ingenuus; wer draußen steht, der ex-gens ist rechtlos, elend, extrarius est, qui extra focum,

sacramentum jusque sit,[124]) seine Ausschließung ist eine totale, auch die Religion baut ihm keine Brücke, denn auch sie ist ein Institut dieses Staates. Es ist ein seltsames Spiel des Zufalls, daß egens gerade das Loos des exgens ausdrückt, und die Römer leiteten wirklich egens von gens ab[125]) — eine Ableitung, die wenn sie richtig wäre, für jene Anschauung ebenso bezeichnend wäre, wie im Deutschen das Wort Elend (Ausland). Eine unzweifelhafte Spur jener Anschauung hat uns die Sprache in dem Wort hostis erhalten, es bedeutet ursprünglich den Gast, den Fremden und den Feind.[126]) In dieser Doppelbedeutung drückt sich treffend die Unbestimmtheit des Looses der Fremden aus, daß sie nämlich eben sowohl die Behandlung von Gästen als die von Feinden gewärtigen mußten.

Mit dieser ursprünglichen Rechtlosigkeit des Fremden hängt die Furchtbarkeit des Exils nach antiker Vorstellung zusammen. Das Exil der heutigen Zeit ist nicht ein Schatten von dem des Alterthums, es besteht nur in einem Wechsel des Wohnorts, dem Verlust der Heimath. Eine solche Strafe raubt nicht das Glück selbst, sondern nur die lokale Form, in der man es bisher genoß; überall findet der Verwiesene Anerkennung seiner Persönlichkeit und Schutz seines Rechts. Ganz anders die ursprüngliche Gestalt des Exils im Alterthum. Der Fremde ist rechtlos;

124) Festus sub voc. extrarium.

125) Festus sub voc. egens velut exgens, cui ne gens quidem sit reliqua. Möglich wäre diese Ableitung, man denke z. B. an iners (von ars), de-mens u. s. w., und ohne das Zeitwort egeo würde man nicht in Versuchung kommen nach einer andern zu suchen. Es ist auch denkbar, daß in dem einen Wort sich exgens von gens und egens von egeo zusammengefunden hätten; es wäre nicht das einzige Mal, daß so etwas vorgekommen wäre.

126) Hostis ist dasselbe Wort mit dem Goth. gasts und dem Mittelhochdeutschen gast, und letztere haben dieselbe Doppelbedeutung. Ueber die Verwandschaft des g und h s. Pott a. a. O. B. 1. S. 143. und über die muthmaßliche Ableitung von Sanskr. ghas essen daselbst S. 279. Der ursprüngliche Sinn dieser Wörter wäre also: der Bewirthete. Hostire (schlagen) und hostia (Schlachtopfer) haben sich davon freilich weit entfernt.

wer daher ausgestoßen wird aus der Gemeinschaft seiner Genossen oder wegen Verbrechen sich flüchtet, dessen harrt, möchte ich sagen, das Loos des Wildes auf dem Felde, das unstät, ruhelos umherirrt und gejagt wird, wo es sich blicken läßt. Alles, was ihm theuer war, läßt der Verbannte daheim, seinen Heerd, seine Genossen, den Frieden des Rechts und die gemeinsame Verehrung der Götter, und was er mit sich nimmt, ist das Gefühl des unsäglichen Elends, die Aussicht auf ein dem Zufall, der Verfolgung, Entbehrung u. s. w. Preis gegebenes Leben, auf Knechtschaft oder eine von der Willkühr und Gnade seiner Schutzherrn abhängige und durch Demüthigungen aller Art erkaufte Freiheit. Wird er angegriffen und verfolgt, so stehen ihm keine Genossen zur Seite; fällt er im Kampf, so gibt es für ihn keine Freunde, die ihn rächen, ihm daheim ein Todtenopfer bereiten und seinem unstätt irrenden Schatten Ruhe verschaffen.

Das ist das Exil des Alterthums in seiner ursprünglichen Gestalt. Es enthält nicht, wie später, eine bloße capitis deminutio magna, den Verlust des Bürgerrechts, sondern den bürgerlichen Tod, die Verstoßung des Menschen von dem Boden des Rechts in eine grauenvolle Einöde, in einen Zustand der Schande und Rechtlosigkeit. Darum erschien das Exil den Römern noch in später Zeit, als demselben die schärfsten Spitzen bereits abgebrochen waren, dennoch als eine so schwere Strafe, daß man dem wegen eines Verbrechens in Anklagezustand Versetzten bis zum Augenblick des Urtheils es frei stellte, durch freiwilliges Exil die Untersuchung nieder zu schlagen.

Die im bisherigen dargestellte Rechtsanschauung, wornach das Recht ursprünglich mit dem Staat völlig zusammenfällt und mit der höchsten Exklusivität nach außen hin beginnt, mag auf den ersten Blick als eine der Entwicklung des Rechtsbegriffes in der Geschichte hinderliche erscheinen, während sie sich doch bei näherm Nachdenken gerade umgekehrt als höchst förderlich ergibt, als die schützende Decke, die den Embryo des Rechts und Staats

umgibt und ihm unentbehrlich ist. Ich erblicke in ihr eins der wirksamsten Mittel, das die Geschichte für die Bildung und Erhaltung der Staaten in Bewegung gesetzt hat. Indem nämlich jene Ansicht den Staat zum Fundament der gesammten sittlichen Existenz des Individuums macht, ihn in der Wüste der Rechtlosigkeit und Willkühr als die Oase des Rechts und Friedens erscheinen läßt, treibt sie die Individuen aus dieser Wüste in den Staat hinein und kettet sie mit eisernen Banden an diesen Staat fest. Er ist ihnen ihr Alles, ihn zu verlassen heißt sich selbst aufzugeben; sein Sturz bedeckt ihr ganzes Glück mit Trümmern. An den Austritt aus dem Staat so wie an den Untergang desselben knüpft sich die Aussicht auf den Verlust der Persönlichkeit, den Untergang des gesammten Privatglücks, und so wird der Selbsterhaltungstrieb des Individuums in doppelter Beziehung eins der wirksamsten Mittel der Erhaltung des Staats selbst, zuerst nämlich indem er dem Staat die vorhandenen Kräfte sichert, sodann aber indem er sie bei einer Gefährdung desselben von außen her auf ihr höchstes Maß spannt. In ersterer Beziehung nämlich ist es für den entstehenden Staat sehr wichtig, von dem verhältnißmäßig geringen Bevölkerungs-Kapital, mit dem er beginnt, nichts einzubüßen, während es umgekehrt für den erwachsenen Staat vortheilhaft sein kann, sich der nicht verwendbaren Ueberschüsse dieses Kapitals durch Colonien, Auswanderungen u. s. w. zu entledigen. Jener bedarf eines festen Verschlusses, dieser mitunter eines Ventils, jener befindet sich in dieser Beziehung in einer weit ungünstigeren Lage, als dieser. Während letzterer ein in der Schule der Zucht und Ordnung aufgewachsenes Volk vorfindet, das mit tausend Banden in sich und mit ihm verkettet ist, Banden, die nur das Resultat eines langjährigen Prozesses sind, soll ersterer die rauhe Schule der Zucht und Ordnung erst beginnen, ohne dem unbändigen Sinne, der dieser Zucht widerstrebt, ohne dem Reiz des Wanderlebens, der Versuchung sich von der Gemeinschaft los zu reißen, ein anderes Gegengewicht gegenüber stellen

zu können, als das Recht, das er gewährt und schützt. Wäre der Werth dieser Gabe für jene Zeit nicht ein unendlich höherer, als heutzutage, wäre bereits jene Zeit zur praktischen Anerkennung der Rechtssubjektivität des Menschen als solchen gelangt, wie hätte das Recht jenen Dienst leisten können? Wer heutzutage sich einmal entschlossen hat, den Staat, dem er bisher angehörte, zu verlassen, den hält die Rücksicht auf das Recht nicht zurück, denn wohin er geht, findet er eine Rechtsatmosphäre vor, nimmt seine Rechtsfähigkeit mit sich, ja kann sogar in dieser Beziehung gewinnen. Wer aber in jener Zeit, von der wir hier sprechen, aus der Staatsverbindung, in der er stand, heraus treten wollte, der ließ sein Recht zurück, trat aus der Rechtsatmosphäre, die sich für ihn nur über d i e s e n Staat lagerte, in die Stickluft der Rechtlosigkeit, die diesen Staat von allen Seiten umgab. Der Selbsterhaltungstrieb also fesselte ihn an diesen Staat, und so übte der Staat mittelst des Rechts eine Anziehungskraft aus, von der wir keine Ahnung mehr haben, und Recht, Freiheit, Vermögen u. s. w. so wie der Staat selbst als Schirmherr derselben erschienen durch die Folie der Rechtlosigkeit als unschätzbare Güter, deren Werth jeder kannte. Mit dem Wegfallen dieser Folie in der neuern Welt hat sich die Werthschätzung des Rechts bedeutend vermindert, ist das Recht, möchte ich sagen, aus einem Gegenstande des Privateigenthums, den jedes Volk ausschließlich auf sich bezieht, eine res communis omnium, wie Luft und Wasser geworden, an der jeder Mensch, der Einheimische wie der Fremde, participirt, und deren Werth man übersieht, weil man sie überall vorfindet.

Dies also die eine Wirkung der hier in Rede stehenden ursprünglichen Rechtsansicht; sie reservirt dem Staat die vorhandenen Kräfte. Die zweite setzten wir darin, daß sie zum Schutz des Staats die vorhandenen Kräfte auf ihr höchstes Maß spannt. Bei jedem Angriff auf Einzelne wie auf Staaten richtet sich die höhere oder geringere Spannung der vorhandenen Widerstandskraft nach dem Werth oder der subjektiven Werth-

schätzung der bedrohten Güter. Zu diesen Gütern gehörte nun für den Fall eines Krieges in der Zeit, von der wir hier sprechen, die totale Privatexistenz sämmtlicher Staatsangehörigen. Unterliegen war ihnen gleichbedeutend mit Verlust des Lebens oder der Freiheit, Ehre, Familie und des Vermögens. Ihre eigne Selbsterhaltung war also von der des Staats abhängig; es trifft auch hier der im vorigen Paragraphen ausgesprochene Satz zu: der Staat sind sie selbst. So erscheint also jenes Verhältniß der Individuen zum Staat, vermöge dessen der individuelle Selbsterhaltungstrieb ganz und gar dem Staate dienstbar wird, als das Mittel, wodurch die Geschichte dem jungen Staat das Leben sichert, ihn zwingt stets mit der ganzen Kraft der Verzweiflung um seine Existenz zu ringen. Durch die häufigen Frictionen, die sie in dieser Zeit herbeiführt, und die intensive Stärke derselben bringt sie rasch die schlummernden Kräfte zur vollsten Entwicklung. Dem heutigen Staat ist eine solche Spannung seiner Widerstandskraft gar nicht möglich. Unsere heutige Scheidung des Staats und der Individuen bewährt sich auch im Kriege; der Staat führt mit dem Staat Krieg, und so viele Posten auch das individuelle Wohl, die nationale Ehre, das religiöse oder confessionelle Interesse u. s. w. auf seine Hypothek eingetragen und mithin zu retten hat, der rein privatrechtlichen Existenz, Freiheit, Familie, Vermögen droht sein Sturz nicht den Untergang, der Selbsterhaltungstrieb also der gemeinen Natur, der an jenen höhern Gütern keinen Antheil hat, ist dabei weniger interessirt.[127])

---

127) Unser moderne Staat hat ein ganz geeignetes Mittel entdeckt, um auch das materielle Privatinteresse unmittelbar an seiner Erhaltung zu betheiligen, die Staatsschulden. In anderer und freilich ungleich unvollkommnerer Weise, als der Staat des Alterthums, umspannt er damit das Privatvermögen. Die Wirksamkeit dieses Mittels reicht übrigens über sein eignes Staatsgebiet hinaus; eine Anleihe im Ausland ist ein Anker, den der Staat dort auswirft, unter Umständen eine wirksamere Allianz, als ein mit der

An die bisher erörterte ursprüngliche Rechtlosigkeit des Nichtbürgers knüpft die fernere Entwicklung des römischen Rechts in mannigfacher Weise an. Zuerst nämlich das Sachenrecht mit seinem Recht der Beute, das wir früher (§. 10) als die Wurzel des römischen Eigenthumsbegriffs bezeichnet haben. Das römische Eigenthum entsteht durch die Bethätigung römischer Kraft am rechtlosen Fremden. Aber wenn es einerseits sich auf den Krieg stützt und ihn veranlaßt, so birgt es andererseits in sich auch die Keime des friedlichen Verkehrs. Austausch der Eigenthumsgegenstände baut die Brücke zwischen den isolirten oder befeindeten Völkern, und dem Soldaten, der den Krieg brachte, folgt der Kaufmann, der den Frieden sucht. Der Handel ist nicht bloß daheim für die Entwicklung des Privatrechts die treibende Kraft, sondern auch für die Ausbildung des Völkerrechts. Für den Handel mit seiner unaufhaltsam thätigen, expansiven Tendenz ist die auf die Scholle beschränkte Natur des Rechts am fühlbarsten und lästigsten; wie er die Hemmnisse des freien Verkehrs hinwegzuräumen strebt, die die Natur ihm entgegensetzt, so auch die, welche eine beschränkte Rechtsansicht ihm bereitet. Er ist es, der gegenüber der Exklusivität der nationalen Rechtsansicht das kosmopolitische Element im römischen Recht zur Existenz und Ausbildung gebracht hat. Ein Zwischenhändler war der erste Vorkämpfer der Cultur; er vermittelte mit dem Austausch der materiellen Güter auch den der geistigen [128])

Staatsregierung abgeschlossener Allianzvertrag. Das materielle Interesse des Auslands, das durch dieses und andere Mittel an dem Bestehen unseres Staats betheiligt wird, ist ein mächtigerer Bundesgenosse, als nationale Sympathieen, und unter den Friedensaposteln einer der wirksamsten.

128) Ich kann mir nicht versagen darauf aufmerksam zu machen, wie die lateinische Sprache selbst darauf hinweist. Ihr Interpres, der Vermittler und Ausleger, ist ursprünglich nichts, als unser „Zwischenhändler.“ Das Wort stammt her von inter und pretium, bezeichnet also einen, der den Preis zwischen trägt. Dieser Zwischenhändler war der erste Dollmetsch und Vermittler, und auf diese besonders in die Augen fallende Eigenschaft hat sich später der Sinn des Wortes reducirt.

und bahnte die Straßen des Friedens. In demselben Maße, in dem der Handel zunahm, wurden diese Straßen geebneter und ausgedehnter, so daß sie zuletzt über den größten Theil der bekannten Welt reichten. Was das Christenthum in dieser Beziehung der modernen Welt leistete, ersetzte der alten der Handel.

In welcher Weise verfuhr er dabei? Die beschränkteste Form, deren er sich bediente, war das hospitium,[129]) das von unserer heutigen Gastfreundschaft ebensoweit entfernt ist, wie aus demselben Grunde das Exil des Alterthums von unserer heutigen Verbannung. Der Zweck des hospitium liegt nämlich nicht sowohl in der gastlichen Aufnahme, obgleich es auch auf diese mit gerichtet ist, als in der gegenseitigen Zusicherung des Rechtsschutzes; es macht die Recht- und Schutzlosigkeit des hostis dadurch unschädlich, daß der Gastfreund ihn unter seinen rechtlichen Schutz nimmt und dessen Rechtsansprüche als die seinigen vor Gericht vertritt. Gegen Betrug und Treulosigkeit des Gastfreundes selbst gewährte das Recht keinen Schutz — denn der hostis stand ja außerhalb des Rechts — einen um so höhern aber die Religion und Sitte. Gerade diese Schutzlosigkeit desselben und das von seiner Seite bewiesene höchste Vertrauen stempelten einen Mißbrauch desselben zu einem der infamirendsten und schmählichsten Vergehen, die das Alterthum kannte.

Ein betriebsamer Kaufmann mochte nun aller Orten Gastfreunde suchen, allein für einen ausgebreiteten Handelsverkehr reichte doch diese private Gastfreundschaft nicht aus, und so gingen öfter Staat und Staat dies Verhältniß mit einander ein (hospitium publice datum). Eine höhere Stufe in der Entwicklung des internationalen Verkehrs bezeichnete es, als man Staatsverträge abschloß, wodurch den Angehörigen des einen Staats gegen die des andern statt des mittelbaren, abgeleiteten Schutzes, den das hospitium gewährte, ein unmittelbarer Schutz

129) Von hostem petere, den Fremden einladen.

ausgewirkt wurde. Die Formen, in denen er ertheilt wurde, waren gewiß sehr verschieden und wechselnd; die höchste Spitze derselben bestand in der Verleihung des römischen commercium, wodurch dem Fremden Theilnahme am römischen Vermögensrecht, also auch Provokation auf den vom Staat gewährten Rechtsschutz freigestellt wurde. Hiermit reicht das römische Recht bereits an die Höhe unserer heutigen Rechtsentwicklung an, auf der wir den Fremden nach unserm Recht beurtheilen, nur mit dem freilich sehr wichtigen Unterschiede, daß dies in Rom Folge eines besonders ertheilten Privilegiums oder eines Staatsvertrages war, bei uns aber Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, Wirkung einer höhern Rechtsanschauung ist.

Die Ertheilung des commercium war aber bei den Römern nichts weniger als die reguläre Form, in der der internationale Rechtsverkehr vermittelt wurde. Am Ende des fünften Jahrhunderts der Stadt finden wir in Rom einen eignen Gerichtshof für die Rechtsstreitigkeiten der Peregrinen und Römer, den des Praetor peregrinus, und es entwickelt sich hier auf Grundlage der bisherigen Staatsverträge und unter Mitwirkung der Theorie und Praxis ein allgemeines internationales Handelsrecht, das jus gentium, das wir erst im dritten System, wo seine Rückwirkungen auf das römische Recht kenntlich hervortreten, ins Auge fassen werden. Der Einführung jener Magistratur aber gingen andere Formen vorher, von denen uns nur hinsichtlich einiger wie z. B. der von den Fetialen vorzunehmenden clarigatio und des bald ständigen, bald im einzelnen Fall eingesetzten und mit ihm aufhörenden Rekuperatorengerichts dürftige Kunde erhalten ist.[130]) So interessant es wäre, die allmählige Ausbildung des internationalen Rechtsverkehrs im einzelnen verfolgen zu können, so dürfen und müssen wir uns hier doch mit dem allgemeinen Gesichtspunkt begnügen, daß jener Rechts-

---

130) Ich verweise wegen dieser Institute beispielsweise auf Puchta Cursus der Instit. B. 1 §. 83.

verkehr nur das Werk spezieller zwischen den einzelnen Staaten abgeschlossener Verträge war und der Ausdehnung wie der Art und dem Maß nach durch sie bestimmt war. Das internationale Recht löste sich also auf in Rechte, die zwei Völker sich für ihren Verkehr gegenseitig eingeräumt hatten, erscheint als ein Inbegriff von Vertragsnormen, die gegenüber diesem Volke diesen, gegenüber jenem einen andern Inhalt hatten. Der Vertrag, dessen schöpferische Kraft uns schon im Innern des Staats bei so manchem Institute begegnet ist, zeigt sich uns auch hier wieder in gleicher Weise wirksam. Wie er im Innern den Uebergang von der öffentlichen und Privatselbsthülfe zur Criminal- und Civilgerichtsbarkeit vermittelt, so hier den von dem primitiven Kriegsfuß zur rechtlichen Organisirung des internationalen Verkehrs. Vom Standpunkt unserer heutigen Rechtsansicht aus, der nichts natürlicher erscheint, als daß auch der Fremde den Rechtsschutz unseres Staates in Anspruch nehmen könne, betrachten wir die praktische Verwirklichung dieser Ansicht, die Thatsache, daß das über den civilisirten Theil der Welt sich ausspannende Gebiet des Rechts dem Menschen als solchem, sei er Staatsbürger oder Fremder die freiste Bewegung möglich macht, als eine nothwendige, sich von selbst verstehende und denken nicht daran, wie allmählig und mühsam das Recht, nachdem es einmal sich von seiner engumgränzten Heimath, dem einzelnen Staat, loszureißen und weitere Kreise zu suchen wagte, sich jeden Zoll Landes hat erkämpfen müssen. Was uns heutzutage in der Natur des Rechts selbst zu liegen scheint, ist zum großen Theil nichts weniger als eine dem Menschen-Geschlecht von vornherein mitgegebene Anschauung und verdankt seine praktische Realität nicht der Macht der rechtlichen Ueberzeugung, der Idee der Gerechtigkeit, sondern ist das Werk einer durch materielle Gründe, durch die Noth des Lebens und den Drang der Umstände in Bewegung gesetzten und erhaltenen und durch Motive der Zweckmäßigkeit geleiteten menschlichen Thätigkeit. Erst wenn diese Kräfte die schwerste Arbeit

verrichtet haben, zieht die Idee der Gerechtigkeit ein und nimmt das Werk als ein ihr gebührendes Eigenthum in Besitz und unter ihren Schutz.

---

Die Exklusivität des Staats und Rechts, die wir bisher in ihrer Richtung nach außen hin verfolgten, muß sich auch im Innern an denen bewährt haben, die, ohne Aufnahme in die Gentilverbindung zu erreichen, sich auf dem Staatsgebiet niederzulassen wünschten. Ihre rechtliche Lage war von vornherein der des hostis völlig gleich, und wie letzterer ursprünglich nur mittelbar durch das hospitium rechtlichen Schutz gewinnen konnte, so auch sie nur dadurch, daß sie sich als Clienten unter das Patronat eines römischen Bürgers stellten. Dies Verhältniß ist seinem Grunde, Zwecke und Wesen nach dem hospitium völlig gleich; wie dieses, veranlaßt durch die mangelnde Rechtsfähigkeit des einen Theils, berechnet auf mittelbaren Ersatz derselben durch die Rechtsfähigkeit des andern Theils und lediglich durch die Sitte geschützt. Der Punkt, in dem es abweicht, liegt in der Gegenleistung. Denn während dieselbe beim hospitium in der Erwiderung des gewährten Schutzes liegt, fällt dies beim Clienten natürlich hinweg, und es tritt Dienstpflicht dafür an die Stelle, und insofern war das Verhältniß faktisch ein abhängigeres. Diese Abhängigkeit prägt sich auch in den Ausdrücken patronus und cliens (Höriger)[131]) aus. Der erste Ausdruck stellt dies Verhältniß als eine Nachbildung der väterlichen Gewalt dar, und mit dieser Bezeichnung hat die Sprache das Wesen desselben treffend ausgedrückt. Wie der Sohn hat auch der Client keine Rechte gegen den, der Vaterstelle an ihm ver-

---

131) Von cluere, κλύειν, hören. Im Deutschen haben wir das Hören in demselben Sinn z. B. Gehorsam, gehorchen, angehörig, Höriger.

tritt; rechtlich sind beide gänzlich seiner Gewalt unterworfen. Nur die Sitte und die Pietät des Verhältnisses schützt beide gegen den Mißbrauch dieser Gewalt. Ein angebliches Gesetz von Romulus erklärte den Patron für vogelfrei, der seinen Clienten betrogen, und auf der Stufenleiter der Pflichten, die uns Gellius aufbewahrt hat, nahm die gegen den Clienten eine ausgezeichnete Stelle ein.[132])

War jener Vergleich des Patronats mit der patria potestas nicht bloß von der persönlichen Seite des Verhältnisses hergenommen, sondern auch für die vermögensrechtliche Stellung der Clienten zutreffend, so würde letztere sich nach den Grundsätzen über das Pekulium des Haussohns bestimmen lassen. Faktisch zwar können beide ein eignes Vermögen haben, allein juristisch gilt ihr Gewalthaber als Subjekt desselben und vertritt sie sowohl activ als passiv gegenüber dritten Personen. Diese active Vertretung, die Klagerhebung für den Clienten, ist der Zweck des Verhältnisses;[133]) juristisch erscheint sie aber nicht als Stellvertretung, sondern als Geltendmachung eines dem Patron selbst zustehenden Rechts. Bei der passiven Vertretung, die eine nothwendige Folge des Verhältnisses war, haftete der Patron vielleicht nach Analogie der Pekulien- und der Noxal-Klage d. h. je nach Umständen bis zum Betrage des Vermögens seines Clienten oder auf Auslieferung (noxae deditio) seiner Person. Während aber, um diese active und passive Vertretung möglich zu machen, der Patron juristisch als Innehaber jenes Vermögens angesehn wird, also auch die unbeschränkteste Dispositionsbefugniß über dasselbe hat, so daß er z. B. es dem Clienten völlig entziehen kann, legt die Sitte dem Patron mancherlei Beschränkungen auf und verpflichtet ihn, dem Clienten das

---

132) Gellius V c. 13... patrem primum, deinde patronum proximum nomen habere.... neque clientes sine summa infamia deseri possunt.

133) Daher patronus noch in späterer Zeit = Fürsprecher.

Maß faktischer Selbständigkeit, das, sei es hergebracht, sei es durch Vereinbarung mit ihm festgestellt ist, unverkümmert zu gewähren, das Vermögen des Clienten faktisch nicht als das seinige zu betrachten. Es gab zwar Nothfälle, in denen er ohne Anstand dem Clienten eine Contribution auferlegen konnte, [134]) ebenso war es in der Ordnung, daß der Client für den ihm gewährten Schutz Dienste leistete; allein diese Leistungen fanden an der Sitte ihr Maß, und die Vereinbarungen beider Partheien, die rechtlich völlig wirkungslos waren, an ihr ihren Schutz. Bei dem Tode des Clienten war der Patron seiner Verpflichtung ledig, konnte also das Vermögen einziehen, und nur wenn Kinder vorhanden waren, mochte es Ehrensache für ihn sein, es ihnen zu lassen. [135])

Es ist begreiflich, daß dies Verhältniß von Seiten des Patrons, der um eine geringe Leistung wichtige Vortheile eintauschte, bereitwillig sowohl mit dem Clienten selbst als dessen Nachkommenschaft fortgesetzt wurde, und daß sein eignes Interesse ihn veranlaßte, seine Clienten gut zu behandeln und möglichst günstig zu stellen, sowohl um ihnen keinen Grund zu geben, das Verhältniß aufzuheben — was ihnen nämlich schwerlich verweigert werden konnte — als um neue zu gewinnen. Für den, der Land genug und Arbeitskräfte zu wenig besaß, mochte es ein vortheilhaftes Geschäft sein, durch unentgeltliche Ueberlassung kleiner Parzellen Landes Clienten an sich zu ziehen und seine Arbeitskräfte damit zu vermehren. Diese Verleihung von Land, die an sich dem Wesen des Instituts fremd ist, [136])

---

134) z. B. wenn er eine Tochter auszusteuern, sich selbst oder Familienmitglieder aus feindlicher Gefangenschaft loszukaufen, ungewöhnliche Abgaben, Sühnen, Brüche u. s. w. zu entrichten hatte.

135) Dieses aus dem Eigenthum des Patrons fließende Recht, den Nachlaß des Clienten an sich zu ziehen, ließe sich als der Ausgangspunkt des patronatischen Erbrechts bezeichnen.

136) Im Gegensatz zum Vasallenthum des Mittelalters, an das Nie=

war ein sehr wirksames Mittel, den Clienten an der Aufrechthaltung des Verhältnisses zu interessiren und mochte als solches in allgemeinen Gebrauch kommen[137]) und die uns von Dionysius bezeugte Thatsache bewirken, daß das Verhältniß von beiden Seiten von einer Generation auf die andere überging. Zur Erklärung dieser Erscheinung braucht man nicht mit Niebuhr im Widerspruch mit Dionysius zu der Annahme zu greifen, daß jenes Verhältniß von Seiten des Clienten unauflösbar gewesen; das beiderseitige Interesse, die Macht der Gewohnheit, die untergeordnete Stellung des Clienten u. s. w. konnten auch ohne diese Voraussetzung dasselbe Resultat herbeiführen.

Auffallend ist das Schweigen der lateinischen Sprache über die vermögensrechtliche Seite jenes Verhältnisses; es wird uns kein Ausdruck für jene Landverleihung an den Clienten berichtet, kein Ausdruck für das Clienten-Vermögen, ungeachtet dasselbe doch von den „bonis" eines römischen pater familias, dem „patrimonium," der „familia" (dem Hausstand desselben, Personen und Sachen gleichmäßig umfassend) sich rechtlich so sehr unterschied. Auffallend nenne ich dies Schweigen, weil wichtige Unterschiede, die im Leben selbst in auffälliger Weise hervortreten, auch in der Sprache sich abzuspiegeln pflegen. Die lateinische Sprache muß Ausdrücke für jene Verhältnisse gehabt haben; sind dieselben mit letztern selbst untergegangen, oder sollten sie vielleicht mit veränderter Bedeutung in der neuern lateinischen Sprache noch fortexistiren? Ich nehme letzteres an und erblicke im precarium[138]) und peculium zwei Ausdrücke und Institute,

---

buhr bei Gelegenheit der Clientel erinnert (röm. Gesch. B. 1 S. 342), und das sein rechtliches Fundament nicht in der Schutzlosigkeit des Vasallen, sondern in dem ihm verliehenen Lehn hatte.

137) Darauf zielt wohl die oft benutzte Stelle von Festus: Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus perinde ac liberis propriis. Die letzten Worte drücken das Verhältniß treffender aus, als es auf den ersten Blick scheint.

138) Savigny Recht des Besitzes §. 42 hat bereits eine ähnliche Ansicht

die ursprünglich dem Clientelarverhältniß angehörten. Beide stehen außer dem Boden des eigentlichen Rechts, sind Institute, von denen die spätern römischen Juristen sagen: magis facti sunt, quam juris, die Clientel selbst aber konnte nur Institute von diesem Charakter kennen. Sodann aber sind beide, wie die Clientel selbst, Verhältnisse auf Gnade und Ungnade, nicht durch das Recht geschützt, jeden Augenblick widerruflich. Es läßt sich das clientelarische Vermögensrecht, wie es seiner juristischen Natur und innern Consequenz nach sein mußte, nicht bloß ohne Zwang unter die Grundsätze jener beiden Institute bringen, sondern ich glaube, daß diese Anknüpfung auf letztere selbst einiges Licht wirft.

Ich denke mir die Sache in folgender Weise. **Precarium** hieß alles, was der Patron dem Clienten auf dessen Bitten (preces, daher precarium) zum Gebrauch einräumte; am häufigsten war dies wohl ein Grundstück, doch mochte auch Wohnung (ein Anknüpfungspunkt für die habitatio des spätern Rechts) nicht selten verliehen werden. Der beliebige Widerruf desselben verstand sich nach dem Verhältniß, in dem beide Personen zu einander standen, von selbst, er brauchte weder ausgemacht zu werden, noch konnte ein Verzicht darauf irgendwie juristisch wirksam sein. Eine civilrechtliche Obligation war auf beiden Seiten undenkbar; es konnte weder der Patron sich obligiren, dem Clienten die Sache eine bestimmte Zeit zu lassen, noch letzterer, sie demnächst zurückzugeben. Begehrte der Patron sie zurück, so nahm er sie. Dritten Personen gegenüber mochte der Client sich zur Wehr setzen, dem Patron gegenüber war dies selbst dann unzulässig, wenn letzterer vor Ablauf der dem Clienten zugesicherten Nutzungszeit die Sache herausbegehrte. Als das precarium sich von seiner ursprünglichen Beziehung zum Clientelar-

---

von precarium aufgestellt. Ich wurde durch den Zusammenhang darauf geführt, ohne mir anfänglich jenes Zusammentreffens mit Savigny, das übrigens auch nur partiell ist, bewußt zu sein.

verhältniß ablöste und auch zwischen römischen Bürgern vorkam, behielt es doch diese seine Structur bei und nahm keinen obligatorischen Zusatz in sich auf, so daß weder der Verleiher an sein Versprechen, die Sache dem Empfänger eine bestimmte Zeit zu lassen, gebunden war, noch letzterer in Form einer Obligation zur Zurückgabe gezwungen werden konnte. Ein precarium zwischen Römern eingegangen hieß nichts anders, als Stellung des Verhältnisses unter das Recht der patronatischen Leihe, ich darf mich vielleicht des Vergleichs mit dem deutschen „Hofrecht" bedienen. Von Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts konnte hier keine Rede sein, das Verhältniß selbst verdankte ja seine Entstehung der Unanwendbarkeit dieser Grundsätze, und seine bestimmt ausgebildete, jedem geläufige, durch den Namen selbst angedeutete Natur widerstrebte jedem Gedanken an eine Obligation. Den Vereinbarungen beider Partheien über Art, Zeit u. s. w. der Rückgabe obligatorische Wirkung beizulegen, hätte in alter Zeit nichts geheißen, als ein precarium zu gleicher Zeit eingehen und nicht eingehen; römisches Recht und nichtrömisches Recht gleichmäßig zur Anwendung zu bringen. Precarium und rechtliche Möglichkeit eines obligatorischen Verhältnisses zwischen beiden Theilen waren von vornherein absolute Widersprüche, und es gehörten viele Jahrhunderte dazu, um den Charakter des precarium so zu verwischen, daß man keinen Anstand mehr zu nehmen brauchte, die Theorie der Innominatcontrakte darauf anzuwenden.

Das Vermögen, das der Client sich selbst erworben hatte, sein Inventar und Vieh hieß peculium und stand unter denselben Grundsätzen, nach denen im neuern Recht das peculium des Haussohns und Sklaven beurtheilt wird d. h. faktisch gehörte es zwar dem Clienten, juristisch aber galt der Patron als Eigenthümer desselben. Der Name weist auf die Beziehung dieses Vermögens zur Landwirthschaft hin; wörtlich übersetzt bedeutet er „kleines Vieh" d. h. einen von der Hauptheerde gesonderten Viehstand. Dieser Wink, den die Etymologie uns über

den ursprünglichen Inhalt des peculium gibt, ist für unsere Frage nicht außer Acht zu lassen; er weist uns nämlich auf einen von dem des Hauptgutes getrennten landwirthschaftlichen Betrieb hin, und ich brauche nicht zu sagen, wie viel natürlicher es ist, uns den Clienten als Subjekt desselben zu denken, denn den Haussohn oder den Sklaven. Bei jenem enthält dieses Neben- oder kleine Vieh einen charakteristischen Hinweis auf das nothwendige Verhältniß, in dem er, etwa nach Art unserer heutigen Tagelöhner auf den Gütern, mit seiner Landwirthschaft zu der des Patrons stand. Bei dem Sohn erscheint die darin ausgedrückte separirte Landwirthschaft ungleich weniger wahrscheinlich, beim Sklaven unbegreiflich. Am Vermögen des Clienten bildete sich der Begriff des peculium aus, hier war das Bedürfniß der Sonderung eines kleineren Vermögens von dem Hauptvermögen des Herrn am dringendsten, oder die Sonderung war hier schon durch das Verhältniß selbst gegeben; dem Sohn oder Sklaven ein Sondervermögen einzuräumen war nichts weniger als nothwendig; wenn es aber geschah, lag es nahe, den bereits bekannten Ausdruck peculium darauf zu übertragen. Vielleicht dürfte man sagen, daß ähnlich wie das precarium so auch das peculium aus einem ursprünglich clientelarischen Institut ein allgemein römisches geworden sei. Ist diese Vermuthung richtig, so konnte Festus in der [Note 137] mitgetheilten Stelle mit Recht die vermögensrechtliche Stellung der Clienten und Kinder identificiren; die Worte perinde ac liberis propriis enthalten dann nicht bloß einen äußerlichen Vergleich beider Classen von Personen, sondern den ihrer rechtlichen Lage, und ebenso drückt unter dieser Voraussetzung der im Wort patronus liegende Vergleich mit pater die juristische Natur des Verhältnisses erschöpfend aus.

Hier, wo uns diese Clientel nur von einer bestimmten Seite interessirt, nämlich als ein durch die Rechtlosigkeit des Nichtbürgers hervorgerufenes Institut, genügt uns das bisher Gesagte. Wir haben in ihr den nothwendigen Ausgangspunkt des

Rechts der dem Staat angehörigen Nichtbürger erkannt, und es kann in meinen Augen nicht zweifelhaft sein, daß alle Nichtbürger, also ursprünglich auch die Freigelassenen[139]) in diesem Verhältniß standen. Der Strenge des Rechtsbegriffs nach war dasselbe gar kein rechtliches, aber wenn es, möchte ich sagen, auch der Form des Rechts entbehrte, so barg es doch eine rechtliche Substanz in sich. Die festen Grundsätze, die sich durch die Sitte über das Verhältniß zwischen Patron und Clienten ausgebildet hatten, der indirekte Schutz, den das Criminalrecht mit seiner Bestrafung der fraus patroni gewährte, machten die Lage des Clienten zu einer ziemlich gesicherten und den Mangel einer Klage gegen den Patron selbst weniger fühlbar. Ideen von einem Recht niederer Art setzten sich dem Institut an, es condensirte und consolidirte sich in der Ansicht des Volks zu einem Rechtsverhältniß, das nur in der Art seines Schutzes von den übrigen abwich,[140]) und so mochte ein Schritt vorbereitet werden und als ein wenig bedeutungsvoller erscheinen, der im Grunde die Vernichtung des Instituts selber enthält, nämlich der, daß dem Clienten das Recht der eignen Klage verliehen ward. Von der alten Unfähigkeit des Clienten, Klage zu erheben, blieb als Reminiscenz noch die, daß er ohne spezielle Erlaubniß des Prätors seinen Patron nicht in jus vociren d. h. ihn wider seinen Willen nicht verklagen durfte. Jener Schritt selbst aber ward gewiß wesentlich beschleunigt

---

139) Daß ich mit Niebuhr Röm. Gesch. 4. Aufl. B. 1 S. 622, Göttling röm. Staatsverf. S. 147 u. a. den Freigelassenen für die älteste Zeit das Bürgerrecht abspreche, bedarf, glaube ich, keiner Rechtfertigung.

140) Hinsichtlich der persönlichen und vermögensrechtlichen Stellung der Kinder gebraucht derselbe Prozeß der Entwicklung vom Factum zum Recht oder von der nur durch die Sitte gebundenen Willkühr des Vaters zur Anerkennung der privatrechtlichen Selbständigkeit des Kindes unendlich viel längere Zeit; es braucht wohl nicht gesagt zu werden, worin der Grund der Verschiedenheit liegt.

durch den Vorsprung, den das Plebejerthum in dieser Beziehung erlangt hatte. Mit den Plebejern aber sind wir über die Ausgangspunkte des Rechts bereits weit hinaus, in ihnen ist jene Trennung des Privatrechts vom öffentlichen, die gerade dem ursprünglichen Charakter des Rechts so sehr widerstrebt, bereits im wesentlichen vollzogen. In ihnen begegnet uns im Innern des römischen Staats jenes commercium zwischen Bürgern und Nichtbürgern, das wir oben S. 228 in seiner internationalen Beziehung haben kennen lernen, und es ist nicht unmöglich, daß das commercium erst nach außen hin durch Vertrag zwischen zwei verschiedenen Völkern hat ins Leben gerufen werden müssen, um sodann auch im Innern des Staats zwischen den Bürgern und Nichtbürgern Anwendung zu finden. Das Völkerrecht ist vielleicht die Stätte, wo sich jene Trennung des Privatrechts vom Staat vollzog, die commercielle Berührung mit einem fremden Volk der Impuls zu diesem Fortschritt, der dann, nachdem er einmal nach außen hin vollzogen, dem Staat selbst im Innern auf die natürlichste Weise dadurch zu gute kommen, ich möchte sagen aufgezwungen werden konnte, daß Mitglieder des fremden Volks sich dauernd auf sein Gebiet übersiedelten und so das commercium von außen in ihn hineinbrachten, das er, der für seine ihm angehörigen Nichtbürger nur die niedere Form des Clientelarverhältnisses kannte, von dieser niedersten Stufe aus weit langsamer würde erreicht haben. Verhält sich dies in dieser Weise, so würden wir in dieser Rückwirkung der friedlichen Berührung des Staats mit dem Ausland auf seine eigne innere Organisation ein Seitenstück zu der Rückwirkung seiner feindlichen Berührung mit dem Ausland haben, die bereits früher angedeutet und der Gegenstand ist, zu dem wir jetzt übergehn.

## 2. Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht.

**Vortheilhafter Einfluß des Krieges auf die Verfassung — Die Staatsverfassung eine Wehrverfassung — Die militärische Eintheilung des Volks — Prinzip der Subordination — Das imperium — Militärischer Charakter des Königthums — Strafgewalt — Einfluß der Wehrverfassung auf die Erziehung des Volks — Sinn für äußere Ordnung und Gesetzlichkeit.**

XVII. Daß der Krieg auf die Entwicklung des Rechts und Staats den heilsamsten Einfluß ausüben kann, ist weniger parador, als es klingt. Ein Krieg zur rechten Zeit kann diese Entwicklung in wenig Jahren mehr fördern, als Jahrhunderte friedlicher Existenz. Einem Gewitter gleich reinigt er die Luft, macht der politischen und moralischen Stagnation ein rasches Ende, wirft das morsche Gebäude einer schwerfälligen Staatsverfassung und drückender socialer Institutionen mit einem Stoße zu Boden und macht so einen politischen und socialen Verjüngungsprozeß nothwendig. Was dem alterschwachen Staat vielleicht das Leben kostet, dient bei einem andern dazu, ihn zur Anspannung seiner Kräfte zu zwingen, ein neues, frisches Leben in ihm anzuregen.

Bei den Römern war der Krieg bekanntlich nicht ein Ausnahmszustand, sondern die Regel; es war die Schule, in der sie groß geworden sind, und deren eigenthümlicher, stählender Einfluß sich auch in ihrem Recht vielfältig erkennen läßt. Schon an der ältesten Verfassung, die Rom mitbringt, ist derselbe nachweisbar; sie ist, möchte ich sagen, eine Rüstung, die zwar dem Kriege ihren Ursprung verdankt und für ihn bestimmt ist, die Rom aber, um stets gerüstet zu sein, auch im Frieden nicht ablegt. Dank der kriegerischen Gesinnungs- und Lebensweise der Römer, die sie dauernd in dieser kampfbereiten Lage erhielt, denn darin eben daß diese Lage keine vorübergehende, sondern ein perpetuirliche Schule der militärischen Zucht war, lag ein

unschätzbarer Vortheil. Die Unbändigkeit des römischen Sinnes, die der ruhigen, friedlichen Existenz widerstrebte und stets der Kriege bedurfte, fand in der durch diese Kriege bedingten militärischen Disciplin ihr Gegengewicht, band sich selbst die Ruthe, durch die sie erzogen werden sollte. Das älteste Rom war ein immerwährendes Lager; die Ordnung und strenge Zucht des Lagers regierten hier, und die Staatsverfassung ging auf in der Wehrverfassung. Bei andern Völkern ward das Lager abgebrochen, wenn der Krieg beendet war; die Kriegsverfassung mit ihrer Disciplin war nur für den vorübergehenden Zustand der Spannung bestimmt; mit dem Frieden fiel sie, möchte ich sagen, in die behaglichere Form einer Friedensverfassung zurück.[141])

Den Kern der folgenden Ausführung können wir in den Satz zusammenfassen: das militärische Interesse ist das Motiv, das den Staat um einen Gedanken bereichert, den wir bis jetzt noch nicht kennen, den der Ueber- und Unterordnung, und dem Geschlechterstaat die Form der Wehrverfassung aufzwingt. Nicht

---

141) So ließen manche germanische Völkerstämme die vortheilhaften Einrichtungen, zu denen sie bei Ausbruch eines Krieges griffen, und die bei nicht bloß vorübergehender Existenz den Keim einer heilsamen politischen Entwicklung hätten abgeben können, fallen, sowie der Krieg beendet war. Caesar de b. g. VI, 23: Quum bellum civitas aut illatum defendit aut infert, magistratus, qui ei bello praesint, ut v i t a e n e c i s q u e h a b e a n t p o t e s t a t e m, deliguntur. In pace nullus communis magistratus, sed u. s. w. Aus Waitz deutscher Verfassungsgeschichte B. 1 S. 101 entnehme ich eine andere Stelle Beda hist. eccl. V, 10: Non enim habent regem iidem antiqui Saxones, sed satrapas plurimos suae genti praepositos, qui ingruente belli articulo mittunt aequaliter sortes, et quemcunque sors ostenderit, hunc tempore belli ducem omnes sequuntur; huic obtemperant, peracto autem bello r u r s u m a e q u a l i s p o t e n t i a e f i u n t s a t r a p a e. Die Einheit und die Disciplin dauerte nur so lange, als die Noth, wie es ja auch mit der Energie bei manchen Individuen der Fall zu sein pflegt. Das Glück für die Römer lag darin, daß ihre Vorfahren, denen sie ihre Verfassung verdankten, in beständiger Noth gewesen waren.

in Rom ist diese Bildung vor sich gegangen, das Königthum und die sonstigen militärisch-politischen Institutionen erscheinen hier bereits als fertige, auf den neuen Staat nur übertragene; aber wenn wir auch hinsichtlich ihrer, wie wir es bisher gethan haben, nach einem Ausgangspunkt suchen, die Ideen zu ermitteln streben, denen sie entwachsen sind, so werden wir, glaube ich, stets auf jenes militärische Interesse zurückgewiesen, wie dies jetzt ausgeführt werden soll.

Betrachten wir zuerst die Eintheilung des Volks. Es ergibt sich auf den ersten Blick, daß dieselbe etwas gemachtes ist. Die **10** Curien der Tribus, die **10** Gentes der Curien sind nicht das Resultat einer s. g. organischen Entwicklung, sondern sie sind mit Absicht und eines Zweckes wegen eingerichtet. Worin bestand dieser Zweck? Fragen wir uns, wo das Bedürfniß einer Eintheilung des Volks zuerst und am dringendsten sich zeigt. Ohne Zweifel im Heerwesen. Die erste vom Staat eingeführte mechanische Ordnung ist die Schlachtordnung, hier bedarf es vor allem einer nach einem durchgehenden Zahlenverhältniß geregelten Eintheilung des Volks. Bei den Römern und manchen germanischen Völkern finden wir das Decimalsystem,[142]) bei letztern ist die militärische Bestimmung der Eintheilung ausgemacht, bei den Römern kann sie meiner Ansicht nach keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Man lasse sich dadurch nicht irre machen, daß diese Eintheilung zugleich politische und religiöse Beziehungen hat, es besteht eben das Charakteristische der ganzen Verfassung darin, daß die Wehrverfassung die Grundformen des Staats bestimmt, die religiösen und politischen Interessen aber sich der dadurch gegebenen Ordnung anschmiegen. Man könnte das Verhältniß vielleicht am besten in der Weise ausdrücken, daß man sagt: das Volk ist Heer,[143])

---

142) Bei einigen auch das Duodecimalsystem. S. Waitz a. a. O. Beil. 2 S. 275 u. flg.

143) Bei den Germanen fand ursprünglich dieselbe Identität des Volks und Heeres Statt. S. Waitz a. a. O. S. 32.

das ganze Heer hat seinen Gottesdienst und seine politischen Functionen, ebenso aber auch jede Heeresabtheilung. Die Curie ist nicht eine politische Genossenschaft, die zugleich religiöse und militärische Bedeutung hat, noch weniger eine religiöse Einheit, die auch politische und militärische Functionen ausübt,[144]) sondern sie ist eine dauernde Heeresabtheilung oder, weil das Volk und Heer gleichbedeutend sind, eine Abtheilung des Volks. Auch die Gens ist eine Heeresabtheilung, aber keine gemachte; gemacht ist bloß die Zahl der Gentes. Insofern die Aufrechthaltung dieser Zahl aber nicht dem Zufall der natürlichen Fortpflanzung überlassen werden konnte, für eine sei es durch Aussterben oder auf sonstige Weise ausgefallene Gens vielmehr eine neue gebildet werden mußte, greift aber auch, wenn ich so sagen darf, die Kunst in diesen sonst der Natur anheimfallenden Kreis der Gens ein.

Die Schlachtordnung also ist der erste Fall der Ordnung, aber damit letztere im Kriege ihre Dienste leiste, muß sie auch im Frieden aufrecht erhalten werden. Das Volk, das nach Beendigung des Krieges heimkehrt, behält seine Heereseintheilung bei, ja es bleibt Heer, der Frieden zeigt uns im Volk nur das Heer in Ruhe, wie der Krieg im Heere das Volk in Thätigkeit.[145]) Volksversammlungen sind also Heeresversammlungen, nur der Oberbefehlshaber kann sie berufen,[146]) und die

---

144) Es ist freilich selbst diese Ansicht ausgesprochen, die aber so wie das Buch selbst, in dem dies geschehen, keine Beachtung verdient. Zinserling Histoire Romaine tom 1. Varsovie 1824. S. 93: Partout, où il est fait mention de curies, on voit, qu'il n'est question que de religion!

145) Exercitus d. h. außerhalb der Burg, ex-arce. Exarcere, exercere im Felde sein, den Feind angreifen oder abwehren, daher thätig sein, üben. So knüpft der Begriff des Uebens ursprünglich an die kriegerische Thätigkeit an; Uebung ist kriegerische Uebung, das Volk in Uebung exercitus.

146) calare, daher classis = Volk, classis procincta = Heer. S. die Zeugnisse bei Huschke Verf. des Serv. Tull. S. 134.

einzelnen Abtheilungen versammeln sich unter ihren militärischen Vorgesetzten. Wer das dienstfähige Alter noch nicht erreicht oder bereits überschritten hat, kann mithin an der Volksversammlung keinen Antheil nehmen. Die Alten, die senes, bilden den Senatus, der keinen Beschluß zu fassen, sondern nur Rath zu ertheilen hat; ihr Alter setzt sie dazu und nur dazu in Stand, und jene Einrichtung des Senats ist nichts, als die verfassungsmäßige Gestaltung des Einflusses, den Alter und Erfahrung immer ausüben. Aber mit der den Alten fehlenden Kraft, gefaßte Beschlüsse auszuführen, fehlt ihnen auch die Fähigkeit, an der Beschlußnahme des Volks Theil zu nehmen. In den Volksversammlungen erscheinen also nur die Jungen, die Krieger, nur sie haben einen Willen, denn als Wille gilt nur der thatkräftige, der das Gewollte auszuführen vermag. Das Volk, populus, ist daher gleichbedeutend mit der Masse der Jungen, was die Etymologie bestätigt,[147]) und ebenso jung mit waffenfähig. Pubes, mündig, wird Jemand und damit Mitglied des populus, sowie er dienstfähig ist; wer die Waffen führen kann, bedarf keines tutor mehr und darf mitstimmen in der Volksversammlung.

Es ist bereits früher (S. 113) der Versuch gemacht, in den Ausdrücken curiae, decuriae, welche die Abtheilungen des Volks bezeichnen, etymologisch eine militärische Beziehung nachzuweisen. Vir ist der Krieger (S. 112), conviria oder curia, also eine Gemeinschaft derselben, eine Mannschaft, decemvi-

147) Ich nehme die Ableitung an, die Kuhn zur ältesten Geschichte der indogerm. Völker S. 4 angibt, nämlich von pulus, jung. Seiner Mittheilung nach soll in den Veden noch die Form puli in Zusammensetzungen vorkommen. Auch puer, pubes u. s. w. gehört hierhin. Im Lateinischen haben wir disci-pulus, Lehrjunge, mani-pulus, eine Handvoll Junger, und populus, worin die erste Sylbe nach Kuhn durch Reduplikation entstanden ist. Pott, der sonst in etymologischen Dingen mein Führer ist, hat eine andere Ableitung. B. 1 S. 193.

ria, decuria eine kleinere Abtheilung von 10 Mann.[148]) Der letzte Ausdruck bezeichnet die Gens von Seiten ihrer Stellung in der Wehrverfassung, der Ausdruck gens absolut als einen Verein der durch Geburt Verbundenen. Die ursprüngliche Wehrverfassung enthält 10 Curien, jede Curie 10 Decurien, also im Ganzen 100 Decurien; durch die Vereinigung von drei in dieser Weise organisirten Völkern verdreifachte sich in Rom diese Zahl.

Die Etymologie lehrt uns also, daß die comitia curiata ursprünglich Versammlungen des Heeres gewesen, und der Ausdruck Quirites, mit dem das Volk angeredet wird, gewährt uns ein anderes Argument. Die etymologische Erklärung desselben ist gleichfalls bereits S. 103 gegeben, und darnach bedeutet er die Krieger, die die quiris, die dienstmäßige Lanze, tragen. Populus Romanus Quiritium ist also die junge römische Mannschaft der Lanzenträger, das Heer in seinen Versammlungen. Man muß sich dadurch nur nicht irre machen lassen, daß der Ausdruck Quirites später, als die Begriffe Volk und Heer praktisch auseinander gefallen waren, die Bürger bezeichnete, und seine Anwendung auf die Soldaten einen Schimpf enthielt; eine solche Abnutzung des Ausdruckes durch Umgestaltung der Sache selbst ist nichts ungewöhnliches. Ebenso wenig darf uns die spätere Competenz der Curiatcomitien über ihre ursprüngliche Bestimmung und ihren ursprünglichen Charakter täuschen.

Nachdem die Verfassung des Servius Tullius, die ganz im Geiste der Idee, mit der wir uns hier beschäftigen, die Wehrverfassung als Fundament des Staats beibehielt,[149]) längere

---

148) Wie bei allen solchen eine Zahl enthaltenden Ausdrücken bleibt der Name derselbe, auch wenn die Zahl im Laufe der Zeit sich ändert.

149) Dies zeigt sich auch in der militärischen Form der Abhaltung der Centuriatcomitien. „Das Volk erschien in den Centuriatcomitien dem Begriff der centuriae gemäß als bewaffnetes Heer, in seine Centurien und unter seine Fähnlein geordnet, die Centurionen an der Spitze, daher man auch die Ansagung von Centuriatcomitien exercitum (zum Unterschiede vom

Zeit bestanden hatte, konnte es für alle, die nur den gegenwärtigen Bestand der Centuriat- und Curiat-Comitien kannten, den Anschein gewinnen, als ob letztere mit der Wehrverfassung nichts gemein gehabt hätten. Allein der Kenner des Alterthums wußte das Gegentheil,[150]) und in der Verleihung des imperium, des militärischen Oberbefehls, die nach wie vor den Curiatcomitien vorbehalten blieb,[151]) dauerte noch ein wichtiger Ueberrest ihres militärischen Charakters fort. Daß die Curiatcomitien innerhalb, die Centuriatcomitien außerhalb der Stadt auf dem Campus Martius Statt fanden, hängt mit der Geschichte des imperium zusammen. In der Königszeit erstreckte sich der Heerbann, das imperium, auch auf die Stadt, folglich konnten die Versammlungen des Heeres auch in der Stadt gehalten werden, mit dem Königthum aber wurde dies imperium aus der Stadt exilirt, und die Centuriatcomitien der servianischen Wehrverfassung, die erst jetzt wieder ins Leben traten, wurden consequenterweise vor die Stadt und zwar in bezeichnender Weise auf das dem Kriegsgott gewidmete Feld verlegt.[152]) Daß die Curiatcomitien berufen wurden (calata), während die Centuriatcomitien in militärischer Weise durch Hornbläser entboten wurden, steht ihrem militärischen Charakter ebensowenig im Wege; jene Berufung war ein an die Befehlshaber der Curien (später für gewisse Zwecke durch die Lictoren vertreten) gerichteter Befehl, die Mannschaft zu versammeln.

---

Kriegsheere auch wohl exercitum urbanum) imperare, ihre Entlassung exercitum remittere nannte." Huschke Verf. des Serv. Tull. S. 414.

150) S. z. B. Livius V. 52. Comitia curiata, quae rem militarem continent.

151) Cic. de leg. agr. II. 12. Consuli, si legem curiatam non habet, attingere rem militarem non licet.

152) Gellius XV, 27. — — quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari jus non sit, propterea centuriata in campo Martio haberi. Liv. 39, 15. cum vexillo in arce posito comitiorum causa exercitus eductus esset.

Wir wenden uns jetzt dem Königthum zu oder, um gleich unsere Ansicht über die Stellung desselben zur römischen Verfassung auszusprechen, der Heerführung und dem damit gegebenen Prinzip der Subordination. Die Ansichten über den Ursprung und den Charakter des römischen Königthums gehen weit auseinander,[153]) es ist hier aber nicht der Ort, sie zu kritisiren, und beschränke ich mich auf Mittheilung und Begründung meiner eigenen.

**Rex**, der Richtende (von reg-ere), heißt der König, nicht weil er richtet im juristischen, sondern im militärischen Sinn. Wie die militärische Ordnung bei einem kriegerischen Volk die wichtigste, älteste und der Ausgangspunkt für die politische ist, so auch das Amt des Heerführers, der diese äußerliche, mechanische Ordnung einrichtet und erhält, unentbehrlicher und älter, als das des Magistrats, der die abstractere Ordnung und Einrichtung des Staats überwacht. An Wichtigkeit gewinnt letzteres erst in Folge der zunehmenden Einmischung des Staats in Interessen, die früher sich selbst überlassen gewesen waren. In ältester Zeit aber treten die politischen Functionen des Königs gegen seine militärischen weit in den Schatten. Ein muthiger, geschickter Feldherr war einem kriegerischen Volke wesentlicher, als ein weiser Friedensfürst. Der Akt der ersten Unterordnung vollzieht sich bei jenem leichter, als bei diesem. Nun beruht aber in der That die Macht des Königs auf einer solchen freiwilligen Unterordnung, auf Wahl. Man muß sich des republikanischen Geistes erinnern, aus dem das römische Recht hervorgegangen ist, jener Ideen der persönlichen Freiheit, der Coordination der Individuen, der Abneigung gegen die Einmischung der Staatsbeamten u. s. w., um beurtheilen zu können, daß der Durchbruch des Subordinationsprinzips, und das ist ja das Königthum, nur an einem Punkt geschehen konnte, an dem es

---

153) Hat man doch unter Ableitung des Wortes rex von ῥέζειν, opfern, jenen Ursprung in ein Priesterthum setzen wollen.

die wichtigsten Interessen galt, und die unabweisbare Nothwendigkeit der Unterordnung jedem einleuchten mußte, und dieser Punkt war die Wehrverfassung. Der erste rex war nichts als ein Feldherr, den man mit Rücksicht auf seine militärische Tüchtigkeit wählte, und dem man die unentbehrliche Macht eines solchen, eine unumschränkte Gewalt, imperium, verlieh. Aber während derselbe bei den Germanen abtrat, sowie der Krieg beendet, behielten die Vorfahren der Römer ihn lebenslänglich bei. Da das ganze Volk beständig auf dem Kriegsfuß blieb, so konnte als wesentliches Glied der Heerverfassung auch der Feldherr nicht fehlen. Damit war aber der Uebergang vom Feldherrnthum zum Königthum gebahnt. Wenn das Volk auch im Frieden Heer ist, so wird leicht aus dem Feldherrn ein König. Die Identität oder Ungetrenntheit der militärischen und politischen Functionen, die in den untern Kreisen des Staats wahrnehmbar ist, muß sich auch bis in die Spitze hinein wiederholen. Das Heer kann nicht zusammentreten, ohne daß der Feldherr es beruft, es kann nicht beschließen, ohne daß er demselben Anträge vorlegt; die politische Thätigkeit des Heeres bedingt eine gleiche Thätigkeit auf Seiten des Feldherrn, er ist nothwendigerweise das politische Oberhaupt des Volks, weil dasselbe seine politischen Functionen als Heer ausübt.

So wie nun die politische Macht des Königs nur als Ausfluß und Appendix seiner militärischen Gewalt erscheint, ebenso seine religiöse Stellung und Machtbefugniß. Wie könnte er eine Schlacht wagen, ohne sich vorher durch Auspicien der Zustimmung der Götter versichert zu haben, und wie könnte er auf ihren Beistand rechnen, ohne sie durch Opfer sich und seinem Heere geneigt gemacht zu haben? Das jus auspicandi und das Opferpriesterthum ist ihm durch seine militärische Würde nothwendig gegeben. Die Religion erscheint bei den Römern als unzertrennliche Begleiterin jeder wichtigen Institution, jeder Verbindung im Innern des Staats und nach außen hin, jeder Würde und jeder wichtigen Maßregel des öffentlichen und Pri-

vatlebens. Aber was wohl zu beachten: als Begleiterin. Sie erhebt nicht den Anspruch auf Selbständigkeit, wie sie es im Orient oder im Christenthum thut, sie begehrt nicht, daß der König, um für das Volk opfern zu können, erst von ihr mit priesterlicher Weihe ausgestattet sei, so wenig wie der Hausvater, um für die Seinen dasselbe zu thun, dessen bedarf. Die Götter Roms verlangten nicht die Vermittlung der Priester, um sich verehren zu lassen, letztere mochten die Weise lehren, die den Göttern wohlgefällig war, aber die Fähigkeit, für sich und alle, die er vertrat, sich ihnen zu nahen, wohnte jedem inne.

So erscheint also die königliche Würde nicht als eine Cumulation dreier selbständiger Gewalten, der militärischen, politischen und religiösen, der König ist nicht Feldherr, politisches Oberhaupt und Priester, sondern er ist Feldherr, und in dieser Qualität ist er zugleich berechtigt, das Heer zu politischen Zwecken zu versammeln und für dasselbe zu opfern.[154]) Die Unterscheidung jener drei Qualitäten, die Ablösung einzelner Machtausflüsse derselben und ihre Gestaltung zu eignen Aemtern ist erst das Werk eines längern Entwicklungsprozesses. Von diesem spätern Standpunkt aus konnte man das imperium[155]) als Inbegriff dreier verschiedenen Gewalten bezeichnen, seiner ursprünglichen Natur nach ist es nichts, als militärischer Oberbefehl. Wie es das Wesen der militärischen Disciplin erheischt, lag darin das Recht über Leben und Tod (gladii potestas), angedeutet durch die Beile auf den fasces, und

154) Dasselbe wiederholte sich in den kleineren Kreisen der Curien und der Gentes mit den Vorstehern derselben, den Curionen und den Decurionen, wie denn überhaupt die Verfassung des ältesten Staats auf Imitation beruht.

155) Die etymologische Abstammung des Wortes ist noch nicht ermittelt. Man hat wohl an parere (gehorchen), par (gleich) gedacht, allein im Oskischen findet sich die Form embratur für imperator und macht eine andere Ableitung wahrscheinlich.

dieses Recht mußte dem gewählten König erst durch einen besonderen Beschluß der Comitien übertragen werden. Dieser Akt enthält die vertragsmäßige Unterwerfung des Heeres unter den Oberbefehl des Gewählten, und darum mußte letzterer selbst zugegen sein, um diesen Vertrag mit demselben abzuschließen, mußte selbst der Versammlung den Antrag stellen.

Auch das imperium also läßt sich auf einen Vertrag zurückführen, aber auch nur die Verleihung desselben. Die Fortdauer und die Ausübung desselben im einzelnen Fall ist von der Einwilligung des Volks unabhängig; es begründet, sowie es ertheilt ist, ein dauerndes Subjektionsverhältniß. Der Umfang desselben ward durch das militärische Interesse bestimmt; soweit letzteres, so weit jenes, bei einem kriegerischen Volk aber reicht jenes Interesse außerordentlich weit. In dem imperium lag natürlich das Recht, die militärische Disciplin durch eine unbeschränkte Strafgewalt aufrecht zu erhalten. Was dem Feldherrn zur Zeit der Republik nicht versagt ward, konnte auch dem König nicht fehlen. An sich war diese militärische Strafgewalt mit der des Volks durchaus verträglich; beide bewegten sich ja in ganz verschiedenen Kreisen, die eine war auf den Soldaten, die andere auf den Bürger verwiesen. Zur Zeit der Republik wurden diese Kreise streng inne gehalten, und nur, wenn man in der Noth zur Ernennung eines Dictators schritt — der heutigen Verhängung des Belagerungszustandes oder Proklamirung des Standrechts — ward die ganze Bevölkerung unter die Strenge des Kriegsgesetzes gestellt. Zur Königszeit hingegen hatte jene militärische Strafgerichtsbarkeit eine ungleich größere Ausdehnung und griff mit eiserner Hand auch ins bürgerliche Leben ein. Man braucht aber diese Ausdehnung nicht als ein Werk der reinen Gewalt, als eine Usurpation der Könige zu betrachten, sondern es lassen sich Gesichtspunkte auffinden, die dieselbe motiviren, wenigstens begreiflich machen. Zunächst nämlich war ja die militärische Gewalt des Königs keineswegs auf die Zeit des Marsches beschränkt, für die Dauer

des Friedens und des Aufenthaltes in Rom selbst aber suspendirt. Behielt das Volk seine Qualität als Heer auch in Rom bei, so dauerte auch die Disciplin und mit ihr die militärische Strafgewalt fort. Die Disciplin ist aber ein sehr elastischer Begriff und ließ sich in den Händen eines herrschsüchtigen Königs ohne Gewaltsamkeit so spannen, daß von einem dienstfähigen Bürger kaum ein Verbrechen begangen werden konnte, das der König, wenn er wollte, nicht hätte bestrafen dürfen. Ein zweiter Gesichtspunkt gab dem König eine Strafgewalt auch über die nicht mehr zum aktiven Herr gehörigen Personen. Als Befehlshaber der bewaffneten Macht sollte er den Staat gegen seine Feinde schützen, die öffentliche Sicherheit, wo sie gestört war, wieder herstellen. Ob diese Feinde aber äußere oder innere und im letzteren Fall der militärischen Strafgewalt unterworfen waren oder nicht, machte keinen Unterschied; sie verfielen gleichmäßig der Schärfe des Schwertes. So wenig das Volk das Schicksal gefangener Feinde zu bestimmen hatte, sondern wie dies dem Feldherrn allein überlassen blieb, so auch die Bestrafung der inneren Feinde.[156]) Die Sprache gibt uns diese Gleichheit beider durch den Ausdruck perduellio[157]) zu erkennen; perduellis ist die Bethätigung feindseliger Gesinnung von Seiten eines römischen Bürgers.[158]) Wer seinerseits als

---

156) Daß der König den perduellis richtete, geht aus dem bekannten Fall des Horatius hervor, ebenso richtet Brutus als Innehaber des imperium die Verschwornen, welche dem Tarquinius die Stadt verrathen wollten. Auch im letztern Fall lag eine perduellio vor, und es scheint mir nicht statthaft aus den hier und anderwärts gebrauchten Ausdrücken: proditores, proditio u. s. w. mit Rubino S. 466 u. f. ein eignes Verbrechen der proditio im Gegensatz der perduellio zu bilden. Wäre es statthaft, so würde aber auch dieses Verbrechen nach dem im Text aufgestellten Gesichtspunkt der Strafgerichtsbarkeit des Königs anheim gefallen sein.

157) Perduellis (von para, sehr, und duellum, dem spätern bellum) Festus sub voc. hostis apud antiquos peregrinus dicebatur et qui nunc hostis, perduellis.

158) L. 11 ad leg. Iul. maj. (48. 4): Perduellionis reus est, hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus.

Feind verfährt, gegen den wird auch wieder so verfahren, d. h. der König richtet ihn nach Kriegsrecht, und eine Provokation ans Volk ist unstatthaft.

Wie weit nun immerhin selbst über diese Gesichtspunkte hinaus die Strafgerichtsbarkeit des Königs sich ausgedehnt haben möge, der ursprüngliche Grund und das Gebiet derselben lag innerhalb der Wehrverfassung. Hier erscheint ihre Bildung ebenso begreiflich, ja nothwendig, wie sie umgekehrt abgesehn davon gegenüber den Ideen über vindicta publica räthselhaft sein würde. Daß sie von hier aus Uebergriffe in das Gebiet der Strafgerichtsbarkeit des Volks machte, ist gleichfalls erklärlich, und ich erblicke in der gegen die Urtheilssprüche der Könige eingelegten Provokation ans Volk nichts, als eine Abwehr dieser Uebergriffe, eine Reklamation des Volksgerichts in Fällen, wo der Verurtheilte die Competenz des Königs glaubte bestreiten zu dürfen [159]) und ein Interesse daran hatte, dies zu thun. Es braucht aber nicht ausgeführt zu werden, daß und warum bei diesem Conflikt beider Strafgewalten die Lage des Königs eine unendlich viel günstigere war, als die des Volks, das erst durch den König zusammenberufen werden mußte.

---

159) Also nicht eine Appellation an eine höhere Instanz, sondern wenn man will, eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Incompetenz. Bei militärischen Vergehn fiel die Provokation aus diesem Grunde hinweg, denn für sie war ja die Competenz des Königs zweifellos, und hierauf sind die Nachrichten zu beziehen, welche die Zuläßigkeit der Provokation in der Königszeit verneinen. Bei gemeinen Verbrechen hingegen waren die Volksgerichte competent, und wenn hier dennoch der König eingeschritten war, so mochte der Verurtheilte auf sein competentes Gericht provociren; hierauf beziehe ich die Nachrichten, welche bezeugen, provocationem etiam a regibus fuisse. In dem bekannten Fall des Horatius (Liv. I. 25, 26) enthielt die Verstattung der Provokation eine große Vergünstigung, denn Horatius tödtete die Schwester, als er mit dem siegreichen Heere in Rom einzog, also als Soldat. Dies war der Grund, der diese Provokation so auffällig machte, und warum der Vater des Fabius (Liv. VIII. 33) sich auf sie berief, denn auch er wollte eine Provokation gegen ein militärisches Vergehen verstattet wissen.

Kein Wunder, daß es im Lauf der Zeit seinen Antheil an der Strafrechtspflege auf das Minimum beschränkt sah, das der König ihm einzuräumen für gut fand.

---

Hat uns die bisherige Darstellung gezeigt, daß die Wehrverfassung mit ihrer Volkseintheilung und dem Königthum einen bedeutenden Einfluß auf die äußere Organisation des Staats ausgeübt hat, so bleibt uns jetzt ihre mittelbare Einwirkung auf die Entwicklung des römischen Rechts, und so wenig dieselbe auf den ersten Blick in die Augen fällt, so wird man doch, wie ich glaube, bei näherer Prüfung nicht umhin können, sie als höchst nachhaltig und bedeutungsvoll anzuerkennen.

Mit der Wehrverfassung tritt auf dem Schauplatz der Bildungsgeschichte des Staats und Rechts, auf dem wir bisher nur das privatrechtliche Prinzip des subjektiven Willens in ungehemmter Weise sich bewegen sahen, ein neues Prinzip auf, das der Ueber- und Unterordnung, zunächst zwar beschränkt auf den Kreis der militärischen Interessen, aber selbst in dieser Beschränkung ein heilsames Schutzmittel gegen die dem subjektiven Prinzip drohende Gefahr einer Selbstverzehrung, gegen den verführerischen Reiz, den berauschenden und zugleich schwächenden Einfluß einer zügellosen Begeisterung für Freiheit und Unabhängigkeit. Wir bedauern die Völker, in deren Brust nie der edle Funke einer solchen Begeisterung gefallen, dieser Funke, der wie ein elektrischer Strahl belebend, erwärmend und zündend durch den ganzen Organismus dringt; aber wehe andererseits den Völkern, in denen der Trieb der Freiheit kein Maß, kein Gegengewicht vorfindet und der Funke zur verzehrenden Flamme emporlodert! Von den drei Völkern, dem griechischen, römischen und germanischen, die einst e i n Volk bildeten, hatte jedes den Sinn für individuelle und politische Freiheit

und Unabhängigkeit bei seiner Trennung mitgenommen und entwickelte denselben in eigenthümlicher Weise, aber nur das römische war so glücklich, die Schule der strengen Zucht und Ordnung, in der jener Sinn erst wahrhaft durchgebildet ward, zu finden und lange genug zu benutzen. Der Freiheitstrieb der Römer war Jahrhunderte lang unzertrennlich verbunden mit dem Sinn für Ordnung und Gesetzlichkeit, und erst der Verfall Roms zeigt uns das Gegentheil. Jene Schule nun, was brauche ich es zu sagen, daß es die Wehrverfassung war? — jene eiserne Zuchtruthe der militärischen Disciplin, die wie ein Zauberstab den Sinn für äußere Ordnung und Gesetzlichkeit im Menschen hervortreibt. Dieser Sinn ist allerdings nur eine untergeordnete Form des sittlichen Geistes, er hat etwas unfreies, beruht mehr auf mechanischer Gewöhnung, als auf innerlicher sittlicher Durchbildung, ist mehr auf die äußere Form und stereotype Gleichmäßigkeit der Ordnung, als auf ihr inneres Wesen gerichtet. Seine relative Berechtigung bedarf aber kaum des Nachweises; es gibt Völker und Zeiten, in denen die militärische Disciplin erst jenen Sinn ausbilden muß, damit eine höhere Stufe der Sittlichkeit überhaupt ermöglicht werde. In Zeiten der Noth, wenn die Fieberhitze des Freiheitstaumels den Staat und die Ordnung zu verzehren droht, treibt der Instinkt die Völker zu auswärtigen Kriegen und mit ihnen zu den eisenhaltigen Quellen der militärischen Disciplin, an denen sie mit dem Sinn für Ordnung und Gehorsam am rascheften ihre Gesundheit wieder finden. Nicht in der Strenge der Zucht allein liegt die heilende Kraft der militärischen Disciplin; ein despotisches Regiment kann sie darin weit überbieten und entnervt und demoralisirt doch ein Volk mehr, als daß es dasselbe stählt. Während letzteres aber nur die Strenge der Willkühr übt, handhabt die militärische Disciplin die Strenge der Ordnung, und es gibt vielleicht kein Verhältniß, welches in dem Grade die Nothwendigkeit der äußern Ordnung dem Menschen begreiflich macht, und ihm eine so unvertilgbare Abneigung

gegen alle Unordnung, Regellosigkeit u. s. w. einprägt, als die militärische Zucht.

Das römische Volk der Königszeit war nun so glücklich, eine Verfassung mitzubringen, die dasselbe im Frieden wie im Krieg in dieser Zucht erhielt. Nachdem es darin seine Erziehung gefunden,[160]) der Geist der Ordnung und Gesetzlichkeit dem Volk zur zweiten Natur geworden, mochte diese Schule ohne Gefahr auf die Zeiten des Krieges beschränkt werden. Die Eroberungssucht der Römer stürzte sie unaufhörlich in neue Kriege und wandte damit jeder neuen Generation den Vortheil einer militärischen Erziehung zu. Der Krieg lehrte den Werth der Ordnung kennen, der Frieden den der Freiheit, und die Jugend des römischen Volks erwarb sich in der strengen Schule des Gehorsams, die übrigens schon im Hause mit der patria potestas begann, die Würdigkeit und Fähigkeit zum Herrschen.

In der Geschichte des römischen Volks wie in dem Recht selbst tritt der Einfluß jener Erziehung in höchstem Grade hervor, und es gereicht wahrlich unserer römischen Rechtshistorie, die für das unbedeutendste ein so scharfes Auge hat, wenig zur Ehre, daß sie sich erst von Hegel[161]) über den Grund und die Art des römischen Gesetzlichkeitssinnes aufmerksam machen lassen mußte oder richtiger gesagt trotzdem nicht aufmerksam wurde. Es ist bereits oben (S. 96, 97) bemerkt, daß Hegels Auffassung der Bildung des römischen Rechts und Staats outrirt ist, aber seine Hervorhebung des Einflusses, den die militärische Disciplin auf die römische Sinnesweise ausübte,[162]) ist eine

---

160) Die Römer selbst erkannten dies an; s. z. B. Livius lib. II. 1 in seiner Reflexion über die Königszeit.

161) Philos. der Geschichte. Die römische Welt. Abschn. 1.

162) In der Ausgabe von 1840 z. B. auf S. 346: „Denn sie (die Stiftung des Staats) führt unmittelbar die härteste Disciplin mit sich, sowie die Aufopferung für den Zweck des Bundes. Ein Staat, der sich selbst erst gebildet hat und auf Gewalt beruht, muß mit Gewalt zusammengehalten werden. Es ist da nicht ein sittlicher, liberaler Zusammenhang, sondern ein

durch ihre Wahrheit überraschende Beobachtung, deren Werth am ersten vom Rechtshistoriker anerkannt werden sollte, insofern nur er den Fingerzeig, den sie gibt, weiter verfolgen kann. Jener Formalismus des römischen Rechts, den wir im zweiten System als einen der hervorstechendsten Charakterzüge desselben kennen lernen werden, wo fände er, wenn man ihn nicht unvermittelt und unerklärt als einfache Thatsache stehn lassen will, einen bessern Anknüpfungspunkt, als in dem Formalismus der militärischen Disciplin? Was ist er anders, als wie letzterer die Ordnung der Ordnung wegen, die Disciplin der Rechtsgeschäfte, die auf strenge Gleichmäßigkeit unerbittlich hält und jedes Versehn, jede an sich gleichgültige, bedeutungslose Abweichung von der äußern Ordnung unnachsichtlich straft? Für das römische Recht enthält er dieselbe Schule der Zucht und Ordnung, die das Volk im Lager fand. Hier im Lager wurde das Volk an jene Subordination, an jene Strenge des Buchstabens gewöhnt, die es nachher in den Formen seines Rechtslebens wiederfand, und ein im Dienst ergrauter Feldherr hätte nicht mit größerer Pedanterie und Strenge die äußere Ordnung des Rechtsverkehrs feststellen und beaufsichtigen können, als die Juristen zur Zeit der Republik. Den segensreichen Einfluß, den diese militärische Disciplinirung der Rechtsgeschäfte auf die Entwicklung des römischen Rechts ausübte, können wir erst im zweiten System schildern, aber schon hier ist der Ort zu der Bemerkung, daß an der Größe des römischen Rechts der kriegerische Sinn der Bevölkerung einen Hauptantheil des Verdienstes hat, und daß für die segensreichen Rückwirkungen des Krieges auf Recht und Staat, deren wir am Anfang dieses Paragraphen gedachten, gerade das römische Recht einen sprechenden Beleg enthält.

---

gezwungener Zustand der Subordination, der sich aus solchem Ursprunge herleitet;" vor allem aber S. 350, wo er namentlich auch hervorhebt, daß „die Plebs im Aufstande und in der Auflösung der gesetzlichen Ordnung so oft durch das bloß Formelle wieder zur Ruhe gebracht sei."

## III. Das religiöse Prinzip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat.

**Das fas — Handhabung desselben durch das Pontifikalcollegium — Prozeß vor dem geistlichen Gericht (legis actio sacramento) — Hervortreten des religiösen Einflusses in den verschiedenen Theilen des Rechts, namentlich im Strafrecht — der homo sacer — Die Strafe als religiöses Sühnemittel. —**

XVIII. Recht und Religion sind ein Zwillingspaar, das überall, wohin wir in der Geschichte blicken, seine Kinderjahre in innigster Gemeinschaft verbringt, sich gegenseitig helfend und ergänzend. Soweit beide, wenn sie zur Selbstständigkeit und Kraft gelangt sind, auch auseinander gehn mögen, ohne sich die Lösung ihrer Aufgabe zu erschweren, so unentbehrlich sind sie sich doch in jener Periode der Schwäche und Unselbständigkeit. Was würde aus dem Recht, wenn es von vornherein als eitel Menschenwerk in der Geschichte aufträte, wenn nicht die Religion dasselbe mit göttlicher Weihe ausstattete? „Was ein Volk aus der eignen Mitte schöpfen soll, sagt treffend Jakob Grimm,[163]) wird seines gleichen, was es mit Händen anfassen darf, wird entweiht; ohne Unnahbarkeit wäre kein Heiligthum, woran der Mensch hangen und haften soll, gegründet." Jeder Keim, der sich erschließen soll, bedarf zuerst des Schutzes gegen äußere Betastung, eines stillen, ungestörten Wachsthums von innen heraus. Die zarte Schöpfung des Rechts, die unter plumper Betastung, unter den Eingriffen und Angriffen der Willkühr, Laune, Rohheit erliegen würde, sichert sich gegen dieselben, indem es sich mit dem Heiligenschein religiöser Weihe umgibt. In demselben Maße, in dem dieser Glanz erblaßt, dürfen wir auf die Zunahme der eignen Kraft des Rechts schließen, und je mehr ein Volk zur Cultur des Rechts und Staats

163) Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. B. 2 S. 28.

berufen ist, um so früher kann es jener Beihülfe der Religion entrathen, um so früher gelangt es dazu, Staat und Recht ihrer selbst, nicht der Götter wegen zu achten und heilig zu halten.

Wir haben nun ein Volk vor uns, das einerseits ebenso sehr zur Cultur jener beiden Institutionen prädestinirt war, wie es andererseits dauernd der Religion die größte Beachtung schenkte. Erst bei der Charakteristik des römischen Geistes (§. 20) werden wir Gelegenheit haben, das praktische Verhältniß, in dem die Religion zur römischen Welt stand, zu untersuchen, hier hingegen, wo uns noch die Ausgangspunkte des römischen Rechts beschäftigen, die vielleicht weit über Rom hinaufreichen, beschränken wir uns auf den Antheil, den das religiöse Prinzip am Bau jener Welt genommen hat, auf die Spuren des religiösen Einflusses im ältesten Recht und Staat. Dieser Einfluß hat sich im Laufe der Zeit ehr vermindert, als vermehrt; wo also der Zufall der historischen Ueberlieferung uns denselben erst in späterer Zeit wahrnehmbar macht, dürfen wir ihn mindestens in demselben Umfang auch für die älteste Zeit annehmen.

Wir beginnen unsere Darstellung mit dem Begriff, der alle Einflüsse der Religion auf Staat und Recht in sich begreift, es ist der des Fas.[164]) Das Fas schließt sowohl die Religion, soweit sie rechtliche Gestaltung annimmt, also in unserer heutigen Sprache das Kirchenrecht in sich, als das Privat- und öffentliche Recht, soweit es eine religiöse Beziehung hat — ein Unterschied, den wir benutzen können, um uns den Umfang des Fas

164) Die Sanskrit-Wurzel bhâ, von der man dies Wort abzuleiten pflegt, bedeutet: scheinen, daher auch das griech. φαίνειν und φάος das Licht. Pott a. a. O. S. 194: Verwandt damit sind φημί und fari von der Wurzel bhash (sprechen). Pott S. 271. Es waltet hier ein ähnlicher Zusammenhang zwischen scheinen, zeigen und sagen (mit Worten zeigen), wie bei dicere (S. 153 Anm. 69). Fas ist etymologisch also entweder das Scheinende, das Licht, oder eine Weisung (der Götter), ein Götterausspruch, wie fatum.

klar zu machen, der übrigens im Fas selbst nicht hervortritt. Zu dem Jus, das wir in §. 15 haben kennen lernen, gesellt sich also im Fas ein Seitenstück, und dieser Gegensatz ist von hoher Bedeutung. Er zeigt uns, daß die Scheidung zwischen profanem und religiösem Recht, die wir im Orient vergebens suchen, in Rom von altersher vollbracht ist.

Nicht das ganze Recht hat einen religiösen Charakter, die religiöse Substanz durchdringt, wenn ich so sagen darf, nicht mehr den ganzen Organismus, sondern Gott und Menschen, Religion und Staat haben sich bereits getheilt, eine Gränzscheidung vorgenommen. Das Jus ist Menschensatzung und als solche veränderlich, bildsam. Die bindende Kraft desselben beruht auf der gemeinsamen Vereinbarung des Volks, die Nichtachtung desselben verletzt bloß menschliche Interessen. Das Fas hingegen stützt sich auf den Willen der Götter, ist also unabänderlich, insoweit nicht die Götter selbst eine Neuerung belieben; die Uebertretung desselben enthält einen Frevel gegen die Götter. Mit dem Fas blickt das römische Recht, möchte ich sagen, nach dem Orient, mit dem Jus nach dem Occident; jenes ist die stabile, dieses die progressive Seite desselben. So bewährt also dieser sprachlich ausgeprägte, d. h. zum Bewußtsein gekommene Dualismus des Rechts, dem wir beim ersten Eintritt in unser Gebiet begegnen, bereits die zersetzende Kraft des römischen Geistes. In culturhistorischer Beziehung ist er eine sehr beachtenswerthe Erscheinung und bezeichnet einen höchst wichtigen Fortschritt des menschlichen Selbstbewußtseins.

Stellte dieser Dualismus sich nun auch äußerlich dar durch eine Verschiedenheit der Behörden, die die beiden Seiten des Rechts zur Anwendung zu bringen hatten? Allerdings. Zwar schloß das Königthum an sich auch die volle geistliche Gewalt in sich, allein wenn schon Romulus nach der Sage aus jeder Tribus einen Augur bestellt, wenn Numa das Pontificalcollegium und Ancus die Fetialen einführt, so heißt das nichts anders, als die Einsetzung dieser drei geistlichen Aemter verliert

sich in graues Alterthum, ist eine der ursprünglichsten Einrichtungen, die Rom kennt. Die Innehaber dieser Aemter waren aber die Träger und Pfleger des Fas. Den weltlichen Beamten verblieben zwar stets die unentbehrlichen religiösen Functionen ihres Amtes, wie z. B. die Auspicien und Opfer, aber Zweifel, Streitfälle, Verstöße gegen die religiöse Ordnung u. s. w. fielen ausschließlich der Cognition jener geistlichen Beamten anheim.[165]) Ihre ursprüngliche Function scheint wenig anders als begutachtender Natur gewesen zu sein, aber, wie so oft, gewann auch hier das Gutachten bald den Einfluß des Richterspruches. Das Pontificalcollegium wenigstens dürfen wir als ein geistliches Gericht bezeichnen und brauchen, wenn wir mit dieser Bezeichnung an die geistlichen Gerichte des Mittelalters erinnern, eine nähere Vergleichung beider keineswegs zu scheuen. Wir wollen die geistliche Gerichtsbarkeit dieses Collegiums, insoweit sie auf das römische Civilrecht einen Einfluß ausgeübt hat, einer nähern Betrachtung unterwerfen. Es ist in der That eine überraschende Erscheinung, daß fast dieselben civilistischen Lehren, an denen im Mittelalter die Legislation des Pontifex Romanus sich versuchte, und deren praktische Anwendung den geistlichen Gerichten zustand, bereits vor mehr als einem Jahrtausend der Pflege des Pontifex maximus anvertraut waren,[166]) und nachdem sie in der Praxis des Pontificalcollegiums, beziehungsweise der geistlichen Gerichte, ihre Ausbildung gefunden hatten, mit dem Prozeß selbst in die weltlichen Gerichte ihrer Zeit übergingen. Das Fas des alten Rom

---

165) Hinsichtlich der pontifices ist dies zur Genüge bekannt, hinsichtlich der Fetialen darf ich auf jede Schrift verweisen, in der sie berührt werden, z. B. Rubino a. a. O. S. 170 flg. (in der solennen Formel bei Livius I, 32 wird ausdrücklich auf das Fas Beziehung genommen: audiat fas), von den Augurn erwähnen die Quellen manche Aussprüche über das Fas z. B. den berühmten des Attus Navius (Livius I, 36) u. andere (Rubino S. 219, 220).

166) Es waren dies namentlich die Lehren von der Ehe, den Verwandschaftsgraden als Ehehindernissen, dem Trauerjahr, dem Eide, dem Votum, den Testamenten. Auch die Sorge für den Kalender findet sich bei beiden.

ist das jus canonicum des spätern; zu beiden Zeiten gab es das jus utrumque, in dem sowohl geistliche wie weltliche Richter bewandert sein mußten. Zu dem jus pontificium, qua ex parte cum jure civili conjunctum esset (Cic. Brut. c. 42) gehörte, wie Rubino[167]) bemerkt hat, namentlich das Familienrecht, und es finden sich noch in den Pandekten Spuren der Pontificaljurisprudenz. „Ob eine Ehe gültig vollzogen, um Rubino selbst reden zu lassen, ob ein Eheverbot überschritten sei, ob rechtmäßige Vaterschaft und Verwandschaft bestanden habe, war ebenso sehr von Einfluß auf die Verpflichtung zur Trauer, zur Vollziehung der Sacra, zur Expiation des Incestes, als auf bürgerliche Verhältnisse. Aehnliches mußte auch im Sachenrecht z. B. bei Eigenthumsfragen, so oft es sich um die Unterscheidung heiliger Orte von Privatgrundstücken handelte, insbesondere aber bei Erbschaften wegen der damit verbundenen Sacra und in vielen andern Fällen vorkommen. Hieraus mußte die Wechselwirkung entstehen, daß die an dem einen Ort angenommenen Regeln an dem andern nicht unbeachtet bleiben konnten; es läßt sich jedoch voraussetzen, daß sich hierbei in ältern Zeiten das Uebergewicht auf die Seite der Priester, schon wegen ihrer umfassenden Gelehrsamkeit, neigte." Aber der Einfluß der Pontifices auf das Civilrecht war doch wohl ein noch unmittelbarerer, als hier angenommen ist; es gab wahrscheinlich Klagen und Ansprüche, die, wie im Mittelalter, ursprünglich nur bei dem geistlichen Gericht erhoben werden konnten,[168]) andere, die wenn auch beim weltlichen Gericht durch-

167) Rubino in seinem bekannten Werk S. 218 hat meines Wissens zuerst den Zusammenhang des jus civile mit dem jus pontificium in Anregung gebracht und an einzelnen Punkten nachgewiesen. Möchte er das Verdienst, das er sich dadurch erworben, noch erhöhen, indem er selbst sich zu einer umfassenderen Behandlung dieses Gegenstandes, von dem er mit Recht wichtige Aufschlüsse über den Entwicklungsgang der römischen Jurisprudenz erwartet, entschlösse! Hüllmanns „Jus pontificium der Römer" hat den Gegenstand nach der Seite, nach der er uns hier interessirt, wenig gefördert.

168) Dies möchte ich z. B. annehmen hinsichtlich der Ansprüche, die

zuführen, doch erst eine Entscheidung des Pontificalcollegiums über eine Präjudicialfrage des Fas voraussetzten. Außer den bereits von Rubino und in der Note hervorgehobenen Beispielen nenne ich als solche Lehren, die dem geistlichen Recht ihre Ausbildung verdankten, namentlich die Lehre von der Zeit,[169]) der pignoris capio,[170]) von dem votum,[171]) die Römer selbst nennen auch die usucapio pro herede. Bei einigen Rechtsgeschäften wie der Eingehung der Ehe durch confarreatio, der arrogatio und dem testamentum in comitiis calatis fand eine Zuziehung des Pontifex maximus oder des ganzen Collegium Statt, und damit war der geistlichen Jurisprudenz die Gelegenheit gegeben, auf die Theorie dieser Rechtsgeschäfte zu influiren.[172]) Auch auf die Ausbildung des Kriminalrechts muß

sich auf ein Begräbniß bezogen, also namentlich hinsichtlich der actio funeraria (nachher ins Edikt des Prätors übertragen, ihrer ganzen Structur nach aber unverkennbar nicht unter dem Einfluß civilistischer Ideen entstanden), hinsichtlich der legis actio sacramento (s. u.). Noch zu Papinians Zeit konnte der Erbe zur Erfüllung der vom Testator in seinem Testament ihm zur Pflicht gemachten Errichtung eines Monuments durch das Pontificalcollegium gezwungen werden, L. 50. §. 1 de her. pet. (5. 3) ... tamen Principali vel Pontificali autoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis. — Daß die jura sepulchrorum dem indignus, dem die Erbschaft entzogen ward (L. 33 de relig. 11. 7) und dem suus heres, der sich abstinirte (L. 6 ibid.) verblieben, war gegen die Consequenz des Civilrechts, und ich möchte diese Abnormität dem Einfluß des geistlichen Rechts zuschreiben.

169) Vor allem die computatio civilis, über deren Anwendung auf die Begründung der manus durch usus ein Ausspruch des Pontifex Quint. Mucius von Gellius III. 2 mitgetheilt wird, den Schalttag u. s. w.

170) Insoweit sie eine Beziehung auf das geistliche Recht hatte. Die XII Tafeln erkannten sie in dieser Richtung an. Gajus IV. §. 28.

171) Wenn Beamte oder das Volk ein Votum ablegten, so pflegte der Pontifex maximus die Formel vorzusagen Liv. XXXI. 9, XXXVI. 2, XLI. 21. Valerius Maximus VIII, 13, 2 rühmt es dem Metellus nach, daß er senex admodum pont. max. creatus tutelam caeremoniarum per duos et viginti annos neque ore in votis nuncupandis haesitante, neque ... gessit. Brissonius de vocibus ac formul. lib. 1 cap. 128.

172) Mit Recht hebt Rubino S. 213 hervor, daß es sich hierbei nicht bloß oder auch nur vorzugsweise um die sacra gehandelt habe.

sie eingewirkt haben, denn aus den Pontificalbüchern wußte die spätere Zeit, daß unter den Königen von den Straferkenntnissen derselben eine Provokation ans Volk Statt gefunden, und ohne praktische Veranlassung hätten jene Bücher diese Notiz nicht aufgenommen. Das Pontificalcollegium muß also in einer uns unbekannten Weise bei der Provokation zugezogen worden sein, und der religiöse Charakter des ältesten Strafrechts, den wir nachher kennen lernen werden, macht es wahrscheinlich, daß diese Mitwirkung nicht bloß auf den Fall der Provokation beschränkt war, sondern überall Statt fand, wo das Verbrechen als ein Frevel gegen die Götter aufgefaßt werden konnte. Ob die selbständige Strafgewalt der Pontifices sich auf die von geistlichen Personen begangenen Verbrechen gegen die Religion beschränkte, ist streitig.[173]) Wenn aber der Verführer einer vestalischen Jungfrau von ihnen mit dem Tode bestraft wird,[174]) so macht schon dies eine Beispiel eine weitere Ausdehnung ihrer Strafgewalt gewiß.

Nach den Berichten späterer Referenten[175]) wäre in den ersten Jahrhunderten der Republik die Kenntniß, Fortbildung und Handhabung des Civilrechts ausschließlich bei jenem Collegium gewesen. Wenn unsere heutige Kritik dieser Nachricht keinen Glauben schenken will, so ist sie gewiß insoweit in ihrem Recht, als sie es für undenkbar erklärt, daß das Recht aus einem Gemeingut des Volks eine Geheimlehre der Pontifices hätte werden sollen. Andererseits aber geht sie zu weit, wenn sie jene Nachricht bloß darauf reduciren will, daß die Formulare für rechtliche Geschäfte vorzugsweise bei den Pontifices

---

173) Geib Geschichte des röm. Kriminalprozesses S. 74 u. flg. vertheidigt im Widerspruch mit der gangbaren Ansicht die Beschränkung auf den im Text bezeichneten sehr engen Kreis.

174) Livius XXII, 5, 7.

175) Z. B. Pomponius in L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2) Valer. Max. II. 5 §. 2. Auch Livius IX, 46 spricht schon von einem jus civile repositum in penetralibus pontificum.

aufbewahrt gewesen seien.[176]) Damit jene übereinstimmende Tradition von der ausschließlichen Handhabung und Geheimhaltung des Rechts durch die Pontifices sich bilden konnte, muß den Pontifices mindestens ein bedeutender Antheil an der Rechtspflege zugestanden haben, eine Gerichtsbarkeit, die nicht bloß auf rein religiöse Interessen beschränkt war, sondern ins bürgerliche Leben, in den privatrechtlichen Verkehr in sehr bemerklicher Weise eingriff. Es kömmt darauf an, einen Gesichtspunkt aufzufinden, der diese Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit auf profane Geschäfte motivirt, d. h. ein Mittel, eine Form anzugeben, wodurch diesen Geschäften eine religiöse Beziehung gegeben und dadurch die Competenz des geistlichen Gerichts begründet werden konnte. Als ein solches Mittel stellt sich der promissorische Eid dar; jedem Versprechen, jedem Rechtsgeschäft kann er als Bestärkungsmittel hinzugefügt werden, und die tägliche Erfahrung lehrt uns den Gebrauch dieses Mittels. Der Verkehr pflegt namentlich dann und da zu demselben zu greifen, wo er sich durch das Recht in seiner freien Bewegung gehemmt sieht.[177]) Geschäfte, für die keine rechtlich bindende Form existirt, oder die materiellen Beschränkungen unterliegen, die dem Verkehr lästig sind, flüchten sich vom Boden des Rechts auf den der Religion, und der Eid erweist sich trotz des mangelnden äußern Zwanges in der Regel als ein ebenso wirksames Bindemittel, als das Recht. Den Römern war von altersher die Anwendung dieses Mittels sehr geläufig.[178]) Die Beamten leisteten den Eid auf die Gesetze, die Sol-

176) Rubino a. a. O. S. 225.

177) So im Mittelalter beim Eindringen des römischen Rechts gegenüber manchen Bestimmungen desselben, die mit den bisherigen Sitten und Ideen in Widerspruch traten z. B. der Unzulässigkeit der Erbverzichte. Ebenso gegenüber dem verkehrswidrigen Verbot der Zinsen durch das kanonische Recht.

178) Auch der assertorische Eid als Mittel zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten war bei ihnen sowohl in als außer dem Prozeß im ausgedehnte-

daten bei der Aushebung den Diensteid (sacramentum), dann den Lagereid,[179]) und unter einander ursprünglich freiwillig, später nach Vorschrift, den Eid, nicht die Flucht zu ergreifen, ihre Reihen nur aus gewissen Gründen zu verlassen[180]) u. s. w. Die Benutzung des promissorischen Eides für den Rechtsverkehr wird uns von Dionys ausdrücklich bezeugt,[181]) und manche theils bereits benutzte, theils übersehene Argumente bekräftigen sein Zeugniß. Daß sponsio, das solenne Versprechen, etymologisch auf ein religiöses Bindemittel hinweist, ist schon von den Römern bemerkt.[182]) Daß dies Bindemittel der Eid gewesen, sagt Festus, indem er consponsor durch conjurator erklärt.[183]) Beachtung verdient ferner der unzweifelhaft religiöse Charakter der völkerrechtlichen sponsio[184]) und der Finger-

sten Gebrauch. Die Censusangaben erfolgten eidlich Liv. XLIII, 14: commune omnium civium jusjurandum; Gellius IV, 20: de uxoribus solemne jusjurandum. Huschke Verf. des Serv. Tullius. S. 574.

179) Gellius XVI, 4.

180) Ruperti Handbuch der römischen Alterthümer. Theil 2. S. 883.

181) Dionys. I, 40.

182) Festus voc. spondere ... ex Graeco dictum ait, quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant. Gaj. III. §. 93 quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse. σπένδω, σπονδή bezeichnet ursprünglich die Libation (Spende), daher σπονδαί der Friedensschluß, das Bündniß, bei dessen Abschluß diese Libationen vor allem vorkamen.

183) sub voce: consponsor. Ich weiß nicht, ob Jemand bereits auf dieses höchst wichtige Argument aufmerksam gemacht hat, aber in der Schrift, worin zuletzt die sponsio berührt und als ein in religiöser Form abgelegtes Versprechen aufgefaßt ist (Girtanner die Bürgschaft nach gem. Civilrecht. Jena 1850. Buch 1 Kap. 3 §. 3) vermisse ich es. Wenn consponsor = conjurator, so ist sponsor derjenige, der sich eidlich zur Erfüllung eines Versprechens verpflichtet hat. Zur Annahme einer sakralen Form der Obligationen haben sich übrigens schon Manche veranlaßt gesehn z. B. Huschke das Nexum S. 101, 102. Danz Rechtsgeschichte B. 2 S. 107.

184) Osenbrüggen de jure belli et pacis S. 77 u. flg. Der Feldherr, der eine vom Volk nicht genehmigte sponsio abgeschlossen, ward dem Feinde überliefert „ut populus religione solvatur“ oder „ut populus R. scelere impio sit solutus“. Cicero de leg. II, 16 gebraucht sponsio beim votum: voti sponsio, qua obligamur deo.

zeig, den uns die Etymologie in den Wörtern jurare und juramentum gewährt. Woher kommen beide zu der Bedeutung des Schwörens? Sie stammen von jus, Band, Recht, würden also wörtlich übersetzt bedeuten: ein Band, einen Bund, ein Recht begründen, beziehungsweise: ein Bindemittel, ein Mittel des Rechts. Wenn sie aber durch den Sprachgebrauch die ausschließliche Bedeutung des Schwörens und eines Eides erhalten haben, so darf man daraus, glaube ich, entnehmen, daß sich verbinden, ein Recht begründen und schwören lange Zeit hindurch für gleichbedeutend gegolten haben muß. Die Wirkung, das Sich verpflichten, trat dann später zurück gegen die Ursache, das Schwören, und so erhält jurare seine neuere Bedeutung.

Die eidliche Bekräftigung eines Versprechens mochte namentlich da üblich sein, wo dasselbe juristisch unwirksam gewesen sein würde.[185]) Wenn der Eid nicht erfüllt wurde, wenn Zweifel und Streitigkeiten hinsichtlich desselben sich erhoben, so lag es am nächsten, die Pontifices anzugehn.[186]) Ob sie wie die geistlichen Gerichte des Mittelalters berechtigt waren, den, der den Eid abgeleistet hatte, wir wollen ihn den Beklagten nennen, zur Verantwortung zu ziehen, bleibe dahin gestellt. Aber wenn beide Partheien sich einig waren, erfolgte Untersuchung und Urtheil, und zwar, wie ich glaube, in der Weise, daß jede von ihnen für den Fall des Unterliegens ein Succumbenzgeld (sacramentum) deponirte, welches demnächst an einen Tempel fiel. Dies Succumbenzgeld enthält je nach dem Ausgang des Prozesses die Strafe für den gebrochenen Eid oder die fälschliche Beschuldigung der Eidbrüchigkeit. Der Ruf der Rechtskenntniß, in dem die Pontifices standen, der Vorzug der Ständigkeit der Behörde, einer constanten Praxis und Tradi-

---

185) Z. B. die Verträge zwischen Patron und Clienten; daher vielleicht noch im neuern Recht die jurata operarum promissio des Freigelassenen. — Ferner Versprechen, denen keine res zu Grunde lag. (S. zweites System.)

186) Dionys. II, 73: *Ποντίφικες γὰρ δικάζουσιν τὰς ἱερὰς δίκας ἁπάσας ἰδιώταις τε καὶ ἄρχουσι καὶ λειτουργοῖς θεῶν.*

tion, den dieses Gericht vor dem weltlichen Richter voraus hatte, konnte auch im Fall eines gewöhnlichen Rechtsstreites, bei dem es sich nicht um einen Eid handelte, es den Partheien wünschenswerth machen, denselben vor das geistliche Gericht zur Entscheidung zu bringen. Die Kompetenz desselben, wenn man überhaupt hierbei von einer Kompetenz sprechen will, ließ sich jeden Augenblick durch Ableistung eines auf den Rechtsstreit bezüglichen Eides begründen, vielleicht ward auch der Eid durch Fiction ersetzt, so daß es lediglich auf Deposition des sacramentum ankam.[187]) Dies ist die legis actio sacramento in ihrer ursprünglichen Gestalt. Je seltener der Eid ward, um so eher konnte man sich daran gewöhnen, unter der actio sacramento, die ursprünglich Eides-Klage bedeutete — denn sacramentum[188]) heißt sonst der Eid — eine Klage mit Succumbenzstrafe, und unter sacramentum selbst das Succumbenzgeld zu verstehen. Der Uebertragung einer solchen der religiösen Beziehungen entkleideten Prozeßform auf die weltlichen Gerichte stand nichts im Wege, und so erfolgte dieselbe, in ähnlicher

187) Die Deposition erfolgte, wie Varro de L. L. V. 180 uns berichtet, bei der pons ... ad pontem deponebant ... qui judicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat. Die pons war die pons sublicius, von der Varro den Namen der pontifices ableitete (ib. V. 15), und an der letztere zu opfern hatten. Ruperti Handb. der röm. Alterth. Thl. 2 Abth. 2 S. 565. Die Deposition erfolgte also bei den Pontifices.

188) Später vorzugsweise beim Soldateneid in Gebrauch geblieben. Daß sacrare, sacramentum u. s. w. auch abgesehn von diesem Fall eine besondere Beziehung zum Eide hat, dafür berufe ich mich auf folgende Stellen des Festus: sub voc: Sacramento dicitur quod [jurisjurandi sacrati]one interposita actum est; [unde quis sacramen]to dicitur interrogari, quia [jusjurandum interponitur] etc., sub voc: Sacrosanctum dicitur, quod jurejurando interposito est institutum etc. Uebrigens brauche ich wohl kaum zu bemerken, daß für die im Text vorgetragene Ansicht die Bedeutung des Wortes sacramentum nur ein einzelnes Argument bildet, die eigentliche Beweiskraft aber in dem Gesammtzusammenhang des Ganzen ruht, und ich darf hinzusetzen, daß ich selbst auf jenes Argument erst aufmerksam geworden bin, nachdem jener Gesammtzusammenhang mir die vertheidigte Ansicht aufgedrungen hatte.

Weise, wie viele Jahrhunderte später der bei den geistlichen Gerichten des Mittelalters ausgebildete Prozeß auf die weltlichen Gerichte überging. Das Succumbenzgeld fiel aber consequenterweise nicht mehr an die Götter, sondern an den Staat.[189]

Die hier aufgestellte Ansicht erklärt es, wie das Pontificalcollegium zu einer so ausgebreiteten und generellen Gerichtsbarkeit in rein weltlichen Dingen gelangen konnte, daß sich später daraus die Sage von einer ausschließlichen Handhabung der Civilrechtspflege durch die Pontifices bildete. Der natürlichen Anziehungskraft, die das Pontificalcollegium, wie oben bereits erwähnt, aus manchen Gründen ausüben mußte, bot die actio sacramento eine entsprechende, überall anwendbare Form. Was man von den Pontifices begehrte, war mehr ein Gutachten, als ein Urtheil in unserem heutigen Sinn, wie noch aus der Erkenntnißform: sacramentum justum esse und aus der früher bereits entwickelten allgemeinen Function des römischen Richters (§. 12) hervorgeht. Jenes Gutachten wurde aber in bestimmten Formen nachgesucht und ertheilt, und daß die Kenntniß dieses Verfahrens und der Praxis des geistlichen Gerichts Niemanden in dem Maße zu eigen sein konnte, als den Pontifices selbst, versteht sich von selbst. Daraus machte eine spätere Zeit die Fabel von der Geheimhaltung des Civilrechts durch die Pontifices.

Das römische Recht hat der Praxis des geistlichen Gerichts gewiß viel zu danken, nicht bloß wegen der relativ hohen Intelligenz und Rechtskunde, die sich bei denselben fand, sondern vor allem darum, weil sich hier am ersten eine constante Praxis bilden konnte und bildete. Es war hier nicht einem Einzelnen die Rechtspflege anvertraut, wie bei dem Könige, Consul und Prätor, sondern einer Behörde und zwar, was

---

189) Gaj. IV. §. 17 in publicum cadebat (Prozeß vor dem weltlichen Gericht), Festus sub voc: Sacramentum .... quod consumebatur in rebus divinis (beim geistlichen Gericht).

noch mehr sagen will, einer geistlichen. Die Macht der Tradition hielt hier den Einflüssen der individuellen Meinung das Gegengewicht, der Wechsel der Mitglieder des Gerichts war unschädlich. So war das geistliche Gericht der passende, abgelegene Ort, an dem der Ablagerungs-Prozeß des Rechts, wenn ich so sagen darf, der Uebergang desselben aus dem Zustande der Flüssigkeit und Formlosigkeit in den der Festigkeit und formellen Bestimmtheit am sichersten und rascheſten erfolgen konnte.

---

Vielleicht haben wir uns mit dem Pontificalcollegium als der Behörde, in der das Fas sich äußerlich darstellte, schon zu weit von der ältesten Zeit entfernt, und wir kehren jetzt zu derselben zurück, um die ursprünglichen Beziehungen der Religion zu Staat und Recht kennen zu lernen.

Schon der Grund und Boden, den wir betreten, zeigt uns die Einwirkungen der Religion. Götter, Staat und Individuen hatten sich zu gleichen Theilen darin getheilt, aber nicht bloß das Drittheil der Götter genießt des Schutzes derselben, auch die Mauern der Stadt, die Gränzen der Privatgrundstücke, wie Steine, Bäume und Gräben, die Früchte auf dem Felde u. s. w. participiren daran, und wer die Mauern verletzt, die Gränzen verrückt, die Früchte bei nächtlicher Weile stiehlt, der versündigt sich gegen die Götter und ladet den Zorn derselben und die schwerste Strafe auf sich.

Aber näher, als der Boden, steht den Göttern die sittliche Welt, die sich darauf erhebt. Der Staat mit seiner Ordnung ist durch einen religiösen Weiheakt unter den Schutz derselben gestellt, gewissermaßen zu einem Gotteshaus gemacht, an dem man ohne Willen der Götter, die es bewohnen, nichts ändern darf. Wer gegen diese heilige Ordnung des Staats frevelt, versündigt sich daher auch gegen die Götter. Kein Theil dieses Gebäudes, das nicht einem besondern Gotte heilig wäre. Po-

litische Verbindung ohne religiöse ist den Römern undenkbar, daher hat nicht bloß jede Gens, Curie und Tribus ihre besondere Gottesverehrung, sondern wenn Rom mit andern Völkern eine dauernde politische Gemeinschaft eingehen will, so muß auch eine religiöse Gemeinschaft begründet werden. Aus diesem Grunde nimmt Rom die Götter aller Völker, die es mit sich vereinigt, in sich auf, wie es seinerseits letztere zum Jupiter Capitolinus als dem Schirmherrn des gesammten römischen Staates zuläßt. Die Götter sind Staatsgötter; ihr Gebiet kann nicht weiter reichen, als das des Staats, aber nothwendigerweise auch so weit, als dieses, so daß es sich in demselben Maße erweitert, als der Staat sich ausdehnt, und andererseits verengt, so weit dies bei letzterm der Fall ist. Politische Trennung des Volks hob daher die ursprünglich nationelle Einheit des Cultus auf,[190]) mit jedem Staat, der sich in mehre auflöste, spaltete sich auch die Gottheit in ebenso viel besondere sich fortan fremd gegenüberstehende Götter. Politische und religiöse Peregrinität deckten sich, wie umgekehrt politische und religiöse Gemeinschaft. Der Nicht-

---

190) Ich kann mir nicht versagen aus den an trefflichen Aufschlüssen reichen „Studien und Andeutungen im Gebiete des altrömischen Bodens und Cultus“ von Ambrosch Heft 1. Bresl. 1839 eine hierher gehörige Bemerkung abdrucken zu lassen: „War auch, heißt es dort S. 178, Jupiter und Juno aus einer allen Lateinern gemeinsamen Anschauung hervorgegangen, so wurde doch diese Einheit der Anschauung zu einer vielfachen, als in Alba, Präneste, Gabii, Rom sich ein politisches Leben gestaltete; der Nationalgott wurde ein römischer, gabinischer u. s. w. somit auch die religio Gabina für Rom eine peregrina, kurz: die ursprünglich-nationelle Einheit des Cultus durch die politische Sonderung des Volks aufgehoben, so daß, falls nun die Glieder der Nation sich wieder im Lauf ihrer politischen Entwicklung begegneten, die Gemeinschaft der Götter erst nach einem völkerrechtlichen Vertrag eintreten konnte. Natürlich war dies Verhältniß der Peregrinität ein gegenseitiges. Der Römer galt in Lavinium vor dem letzten Frieden mit den Lateinern in Bezug auf die sacra Lanuvina als Fremder, wie der Lanuviner in Rom in Bezug auf die sacra publica des römischen Volks.“

bürger kann die Götter Roms nicht verehren, der Bürger muß es, durch Anbetung fremder Götter würde er seine staatsbürgerlichen Pflichten verletzen.

Wer den Staat oder irgend eine politische Einheit repräsentirt, vertritt dieselben auch den Göttern gegenüber, die Beamten sind geborne Priester; die religiösen Functionen bilden fortwährend einen nothwendigen Bestandtheil ihrer Amtsthätigkeit. Die Kenntniß des Ritus mögen sie sich immerhin von Personen des geistlichen Standes suppeditiren lassen, aber die religiöse Handlung selbst geht von ihnen aus, die Fähigkeit ist ihnen durch das Staatsamt verliehen. Der König, wie später der Consul, opfert und stellt die Auspicien an in Rom wie im Felde.

Sich die Gunst der Götter zu erhalten, ist die erste Sorge des Staats,[191]) und mit Aengstlichkeit wacht er ihres Dienstes. Opfer, Feste und Spiele reihen sich eins ans andere, jede Unthat, jedes Versehn, das die Götter reizen könnte, wird gesühnt, jedes Zeichen und Wunder, aus dem sich ihr Wille entnehmen läßt, beachtet, und wenn sie dennoch zürnen d. h. wenn Rom Unglück hat, so erschöpfen sich Priester und Zeichendeuter in Nachforschungen, um den Grund zu ermitteln, und Volk, Senat und Beamte in Gelübden, Beschlüssen und wohlgefälligen Werken, um die Götter wieder geneigt zu machen. Bei jeder wichtigen Unternehmung versichert man sich zuerst durch Auspicien ihrer Zustimmung, Opfer und Gebet eröffnen die Verhandlungen, und je nach Art derselben sind im Fas die Tage bestimmt, an denen sie Statt finden können. Auch zu weltlichem Thun versammelt man sich an heiliger Stätte; so diente den Curien und dem Senat ein Tempel zum Versamm-

191) Liv. XXXVIII, 48: civitas, quae omnibus rebus incipiendis gerendisque deos adhibet. Cicero de nat. deor. II, 2: civitas, quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset.

lungsort, und die Beamten pflegten von einem Tempel aus die Concionen zu halten.[192])

Ein Verstoß gegen das Fas macht jede staatsrechtliche Handlung nichtig. Das Fas aber enthält nicht bloß Vorschriften über die äußere Form der Geschäfte, sondern eine Menge materiell staatsrechtlicher Grundsätze.[193]) Wir haben bereits erwähnt, daß die älteste Verfassung religiös geweiht war, aber auch zur Zeit der Republik dauern die Beziehungen zwischen Religion und Staatsrecht fort. So z. B. war es gegen das Fas, daß der Dictator länger als 6 Monat im Amt blieb, so waren die leges sacratae mit den Tribunen, die sie einführten, durch den Eid des ganzen Volks unter den Schutz der Religion gestellt, und jeder, der sie verletzte, für sacer erklärt. Hier leistete die Religion auch den Plebejern einmal den Dienst, ihre politischen Rechte zu schützen, während sie sonst gerade umgekehrt ihnen dadurch hinderlich war, daß sie die Vorrechte der Patricier unter ihren Schutz genommen hatte. Dadurch daß die älteste Verfassung durch und durch mit religiösen Elementen verwachsen war, ward sie ein mächtiges Bollwerk. Den Patriciern, die dasselbe gegen die andringenden Plebejer zu vertheidigen suchten, standen die Götter zur Seite, und religiöse Ideen unterstützten und adelten den politischen Widerstand.

Wie die Einzelnen zur Bekräftigung ihrer Verpflichtungen zum Eide griffen, so auch der Staat selbst. Es ist bereits früher des Eides der Soldaten, der Beamten und so eben des des ganzen Volks gedacht, der Hauptfall aber ist der des völkerrechtlichen Vertrages, mochte derselbe nun vom Feldherrn einseitig und unter Vorbehalt der Genehmigung des Volks abgeschlossen werden — (die sponsio) — oder im Auftrage des

---

192) Rubino a. a. O. S. 241.

193) Darum pflegte, wer einen Gesetzvorschlag zu machen hatte, die offenbar aus ältester Zeit stammende Klausel hinzuzufügen: si quid fas non sit rogari, ejus rei hac lege nihil rogato.

Volks von den Fetialen (das foedus).[194]) Gerade für das Völkerrecht, das den Gedanken des Rechts zu allen Zeiten am mühsamsten realisirt, war die Unterstützung von Seiten der Religion am unentbehrlichsten. Die beiderseitigen Götter überwachten die beschwornen Verträge, und darum wurden auch die Urkunden derselben im Tempel des capitolinischen Jupiter, diesem religiösen Centralpunkt des gesammten Staates, aufbewahrt.[195]) Erhebung eines Krieges gegen ein Volk, mit dem früher ein solcher Vertrag abgeschlossen, war daher eine religiöse Frage und erforderte zunächst einen religiös-völkerrechtlichen Prozeß gegen das wortbrüchige Volk und sodann den Ausspruch der Fetialen, daß der Krieg ein purum piumque bellum sei. Der beschlossene Krieg ward von ihnen in feierlicher Weise angekündigt. So kleidete sich Krieg und Frieden in religiöse Formen!

Der Theil des Rechts, an dem der Einfluß religiöser Ideen bei allen Völkern auf einer gewissen Stufe ihrer Entwicklung in besonders hohem Grade hervortritt, ist das Strafrecht. Auch das römische Recht bestätigt diese Beobachtung. Im Privatrecht sind nur mit Mühe einige religiöse Beziehungen und Spuren wahrnehmbar,[196]) im Kriminalrecht hingegen hat die religiöse Anschauung recht eigentlich ihren Sitz aufgeschlagen. Die beiden Grundbegriffe desselben, das Verbrechen und die Strafe, erscheinen der ältesten Zeit im Lichte dieser Auffassung, das Verbrechen als Vergehn gegen die Gottheit, die Strafe als Sühnemittel. Wenn wir uns bei diesem Punkt etwas verweilen,

---

194) Beruhte der Name des pater patratus, der den Eid ableistete, vielleicht auf der Idee, daß er das römische Volk nach außen hin ebenso vertrete, wie der Vater seine Kinder? Die völkerrechtliche noxae deditio wäre dadurch mit der privatrechtlichen von Seiten des Vaters auf denselben Gesichtspunkt zurückgeführt.

195) Hartung Relig. der Römer Bd. 2 S. 11.

196) Sie sind bereits gelegentlich angegeben, nämlich die Eingehung der Ehe durch confarreatio, die eidliche Bekräftigung der Verträge, die Zuziehung der Pontifices zur arrogatio und zum testamentum in comitiis calatis.

so wird dies darin seine Rechtfertigung finden, daß es sich hier nicht um vereinzelte Spuren des religiösen Prinzips handelt, sondern um eine Fundamentalanschauung, einen uns bisher noch unbekannt gebliebenen Ausgangspunkt des ganzen Strafrechts.

Nicht jedes Unrecht oder Vergehn, wenn es auch die vindicta des Einzelnen wie des Volks oder die Strafgewalt des Königs in Thätigkeit versetzte, erschien als ein Frevel gegen die Götter. Der Dieb, der Räuber hatten sich gegen Menschen vergangen, und Menschen forderten Strafe von ihnen. Aber gewisse Verbrechen schlossen zugleich eine Verletzung der Götter in sich und zogen den Zorn und die Rache derselben auf das schuldige Haupt herab. Die Entweihung der Altäre, die Schändung einer vestalischen Jungfrau enthielt einen unmittelbaren Frevel gegen die Götter, der Fluch der von ihren Kindern mißhandelten Eltern, die Klagen des von seinem Patron verrathenen Clienten drangen zu ihrem Ohr, vergossenes Blut schrie um Rache gen Himmel. Welche Verbrechen alle dieser Auffassung unterlagen, können wir nicht mehr bestimmen, aber der Unterschied der bloß gegen Menschen und der zugleich auch gegen die Götter gerichteten Verbrechen ist völlig unzweifelhaft. Die Folge dieser letzteren, die wir fortan vorzugsweise Verbrechen nennen werden, bestand darin, daß der Verbrecher ein homo sacer würde d. i. den Göttern heilig, ihrer Rache verfallen. Es war dies nicht sowohl eine Strafe, als ein Zustand des Verbrechers, der mit seiner That selbst gegeben war, der Zustand der Verworfenheit und weltlicher und religiöser Acht.

Die Sacertät war meiner Ansicht nach die nothwendige Folge einer jeden That, die im Geiste der ältern Auffassung als Verbrechen betrachtet wurde. Der Verbrecher hatte die Rache der Götter und Menschen auf sich geladen und war, so lange er sich nicht mit beiden ausgesöhnt hatte, von ihrer Gemeinschaft ausgeschlossen. Nicht nahen durfte sich der Unreine den Altären, um durch Opfer die zürnenden Götter zu erwei-

chen,[197]) und die Menschen flohen seine verpestete Nähe, wenn nicht Jemand es für ein gutes Werk hielt, ihn aus der Welt zu schaffen, was jedem frei stand.[198]) Auf keinen Fall aber durfte er so ungesühnt unter den Seinen bleiben, die Güter der menschlichen Gemeinschaft und unter ihnen vor allem die Symbole der Reinheit, Feuer und Wasser, konnte man nicht mit ihm theilen, ohne sie zu verunehren, den Verächter der Götter nicht unter sich dulden, ohne selbst einen Antheil der Schuld auf sich zu laden. Denn nach einer im Alterthum sehr verbreiteten Ansicht droht bei jedem Verbrechen die Gefahr, daß der Zorn der Götter sich nicht auf das Haupt des Schuldigen beschränke, sondern sich auch gegen das Gemeinwesen wende, dessen Mitglied er war.[199]) Die Römer aber waren in religiösen Dingen bekanntlich sehr ängstlich, und religiöse Reinheit und Reinigung des Einzelnen wie des Volks lag ihnen sehr am Herzen.[200]) Daraus erklärt es sich denn, daß, wenn der Ver-

---

197) Festus sub voc. sacer .... neque fas est, eum immolari (lies immolare).

198) Man hat, weil man sich in die alte Zeit nicht hinein zu versetzen vermochte, dies bestritten oder, was dasselbe ist, es dadurch beschränkt, daß der Verbrecher erst durch Urtheil habe für sacer erklärt werden müssen. Es ist hier nicht der Ort zu einer eingehenden Polemik; aber die Stelle von Festus, sacer mons, die dieser Ansicht mit den Worten: homo sacer est, quem populus judicavit ob maleficium eine scheinbare Unterstützung gewährt, widerlegt sie zugleich mit den Worten: nam lege tribunitia prima cavetur: si quis eum, qui eo plebiscito sacer sit [d. h. also nach der juristischen Redeweise der Römer: unmittelbar, durch die That selbst, ipso jure, wie der technische Ausdruck lautete,] occiderit, parricida ne sit. Jene Worte: quem populus judicavit sind zu übersetzen: der der Volksjustiz verfallen war, den das Volk d. i. die Masse richtete.

199) Darum pflegten Schwörende, wenn sie für den Fall der Eidbrüchigkeit die Strafe des Himmels auf sich herabbeschworen, einen Vorbehalt zu Gunsten des Gemeinwesens hinzuzufügen Festus sub voce lapidem ... „si sciens fallo, tum me Diespiter salva urbe arceque bonis ejiciat etc.

200) Ich erinnere an die censualis lustratio des Volks, die Reinigung der Kinder, (Fest. sub voc. lustrici) der Familie des Verstorbenen (Fest.

brecher sich selbst durch seine Flucht faktisch von der Gemeinschaft ausgeschlossen hatte, noch ein Beschluß des Volks erfolgte, wodurch dasselbe ihn auch seinerseits ausstieß. Dies war die aqua et igni interdictio. Sie ist nämlich nicht eine gewöhnliche Verbannung, sondern sie hat eine religiöse Beziehung, es bethätigt sich in ihr die Sorge für die Erhaltung der Reinheit der Gemeinschaft durch Säuberung derselben von unreinen Elementen. Denn Feuer[201]) und Wasser sind Symbole der Reinheit, und bei keinem Akte, der eine Gemeinschaft mit religiösen Beziehungen begründen soll, z. B. dem Opfer, das Gott und Menschen einigt, der Eingehung der Ehe, eines Bündnisses u. s. w. dürfen sie fehlen.[202]) Nicht also als zum Leben unentbehrliche Elemente, wie man gewöhnlich sagt, werden sie dem flüchtigen Verbrecher daheim verweigert, sondern mit ihnen als den Symbolen einer reinen Gemeinschaft, die der Verbrecher durch fernern Gebrauch verunreinigen würde, wird ihm seine Theilnahme an dieser Gemeinschaft entzogen. Was er an Gütern daheim läßt, wird zum Tempel gebracht und zum Dienst der Götter verwandt,[203]) und so, indem die Gemeinde sich von der Person wie der Habe des Verbrechers lossagt, darf sie der Hoffnung

---

sub voc.: denicales) das piaculum für den freigesprochenen Horatier (Liv. I, 26) u. s. w.

201) So erklärt sich das Zusammentreffen von πῦρ und Feuer mit purus, rein, exfir, Reinigungsmittel (Festus h. v.), februare reinigen.

202) S. Hartung Religion der Römer Thl. 1 S. 198 flg. Pellegrino Andeutung über den ursprünglichen Religionsunterschied der Patricier und Plebejer S. 27 flg. Serv. ad Virg. Aen. IV, 103: aqua et igne adhibitis u. XII, 119: Sane ad facienda foedera aqua et ignis adhibentur. Festus sub voc. facem u. aqua.

203) Hinsichtlich des Vermögens der Hingerichteten wird uns von Isidor VI, 29 berichtet: supplicia dicuntur supplicationes, quae fiebant de bonis passorum supplicia. Das Vermögen des homo sacer wird in manchen wirklichen und angeblichen Gesetzen ausdrücklich einem bestimmten Tempel, namentlich dem der Ceres zugewiesen z. B. in den leges sacratae Liv. III, 55.

leben, daß die Götter die That eines ihrer Mitglieder sie nicht werde entgelten lassen.

Auf dem homo sacer selbst aber ruhte lebenslänglich der Fluch der Götter und Menschen, und wagte er es je in seine Heimath zurückzukehren, so mochte, wer da wollte, die Welt von ihm befreien. Gab es nun kein Mittel diesem lebenslänglichen Elend zu entgehn, mit Göttern und Menschen sich auszusöhnen? Konnte doch die schwerste Buße und der Tod selbst, wenn er diese Entsühnung bewirkte, Manchem wünschenswerther erscheinen, als ein dauernder Zustand der Verworfenheit. Jenes Mittel — was brauche ich es zu nennen? — war die Strafe. Nicht als Uebel erscheint sie uns hier, sondern als ein Mittel, das vom Uebel befreit. Die Sacertät, und wenn sie ewig dauerte, trägt nicht den Keim der Versöhnung in sich, denn sie ist nur der Riß, aber der Riß verwächst nicht von selbst, der Unreine wird nicht durch bloßen Ablauf der Zeit wieder rein, sondern es bedarf eines Heil- und Reinigungsmittels. Wenn wir nun nachweisen können, daß das älteste römische Recht wirklich von dieser Auffassung der Strafe als eines Reinigungsmittels ausgegangen ist, so ist letztere damit in den bestimmtesten Gegensatz zur Sacertät gestellt, so kann diese selbst nicht gleichfalls als Strafe gegolten haben.

Wenden wir uns nun mit unserer Frage zuerst an jene untrügliche Zeugin primitiver Rechtsanschauungen, die Etymologie, so gewährt sie uns auch hier wieder höchst werthvolle Aufschlüsse. Poena, worin man wie im griechischen ποινή zunächst das Sühnegeld erblicken will,[204] weist etymologisch auf die Idee der Reinheit hin,[205] ebenso castigatio (castum agere),

204) S. z. B. Rubino a. a. O. S. 460: „wer sie erleidet, gibt sie (dat, solvit, pendit), wer sie zufügen will, fordert sie ein (petit, expetit, exigit), wer sie vollzieht, nimmt sie an (sumit, capit, habet poenas)." Rein Kriminalrecht der Römer S. 284 will gar nur eine Privatgenugthuung darin finden.

205) Pott Etymol. Unters. B. 1 S. 252. Damit zusammenhängend sind pu-rus, πῦρ, pu-tus, pu-teus, pu-nire.

der incastus, incestus, der Schmutzige, wird dadurch gereinigt, und luere, büßen, namentlich auch in Verbindung poenas luere, ist lavere, lavare, waschen.[206]) Supplicium, die Todesstrafe, führt etymologisch auf Besänftigung der Götter zurück (sub-placare, supplex).

Tritt nun in den Strafen selbst dieselbe religiöse Beziehung hervor? Hinsichtlich der Todes- und Vermögensstrafe läßt es sich darthun und ist bereits von Andern geschehn. Man hat, was zunächst die Todesstrafe im allgemeinen anbetrifft, auf die beim supplicium üblichen supplicationes verwiesen, hinsichtlich der Vollziehung derselben durch Erhenkung auf den den unterirdischen Göttern gewidmeten arbor infelix, hinsichtlich der Enthauptung auf die Verhüllung des Hauptes, die Analogie des Opferbeiles[207]) und auch die Menschenopfer der Urzeit[208]) damit in Verbindung gebracht. Lehrreich für diese Frage ist auch der bekannte Fall des Horatius. Ut caedes manifesta, sagt Livius, aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri, ut filium expiaret pecunia publica. Hätte den Mörder also die eigentlich verdiente Todesstrafe getroffen, so würde es dieser Entsühnung nicht bedurft haben.

Die religiöse Beziehung der Vermögensstrafen tritt unverkennbar in der Consekration des Vermögens hervor, die die Sacertät noch lange überlebte.[209]) Strafgelder, die ad pios usus bestimmt waren, werden noch spät erwähnt,[210]) und eine ursprüngliche religiöse Beziehung darf man auch bei ihnen wohl voraussetzen. Uebrigens erwuchs der consecratio bonorum in der publicatio bonorum eine gefährliche Concurrentin; in dem-

---

206) In diesem ursprünglichen Sinn hat sich luere noch in lustrum, lustratio, lustricus u. s. w. erhalten.

207) Statt Anderer nenne ich Platner de jure criminum Rom. p.36 sq.

208) Niebuhr Röm. Gesch. B. 1 S. 557. Rein Röm. Kriminalrecht S. 34.

209) Z. B. in der perduellio. Cicero pro domo c. 47. Plinius hist. nat. 7, 47.

210) Livius X, 23. 33. 47.

selben Maße, als die religiöse Auffassung des Kriminalrechts einer profanen Platz machte, verlor die Sacertät und mit ihr die Consekration an Terrain, und der Staat übte, wo kein religiöses Bedenken entgegen stand, die Vermögensentziehung im eignen Interesse aus,[211]) wie er ja gleichfalls späterhin das sacramentum aus Civilprozessen (S. 267 Anm. 189) sich aneignete. Wer mit der herrschenden Meinung die Sacertät und die aqua et igni interdictio als Strafen auffaßt, dem bieten auch sie Beispiele des religiösen Charakters derselben dar. Wie aus der bisherigen Darstellung hervorgeht, theile ich diese Meinung nicht, und es ist jetzt an der Zeit, uns wegen der von uns aufgestellten Ansicht über die Sacertät zu rechtfertigen.

Jener Gesichtspunkt, vermöge dessen die Strafe als Reinigungsmittel erscheint, schließt die Sacertät vom System der Strafen aus. Für letztere bleibt also kein anderer Platz übrig, als die Zeit vor Vollziehung der Strafe, und keine andere Bedeutung, als die eines Zustandes der Verworfenheit und Verdammniß, aus dem erst die Strafe den Verbrecher errettet. Die Sacertät ist also der Nullpunkt des Kriminalrechts in religiöser Beziehung, ähnlich wie die vindicta publica und privata es in profaner Beziehung ist, und im Geiste des Racheprinzips, das die Völker, wenn sie es für sich selbst anerkennen, auch auf ihre Götter übertragen, dürfen wir sie als den Zustand des der Rache der Götter verfallenen Verbrechers bezeichnen. Durch diese Auffassung reiht sich nun die Sacertät als eine Vorstufe der Strafe in den Gesammtzusammenhang der strafrechtlichen Entwicklung natürlich ein, während sie, als Strafe betrachtet, den Grundcharakter der Strafe verläugnet. Wie die vindicta publica und privata zur Vereinbarung über die Strafe drängen, so auch die Sacertät. In allen drei Fällen erscheint die Strafe, möchte ich sagen, eingeleitet und präparirt, wie die Consonanz durch die Dissonanz, in allen drei Fällen ist diese Auflösung der Dissonanz

---

211) Z. B. bei den Decemvirn Liv. III, 58: bona p u b l i c a t a sunt.

ein Fortschritt, ein Gewinn im Interesse des Schuldigen wie des Rechtszustandes. Die Sacertät schloß ein unbegränztes Maß des Uebels in sich, und jede Strafe an Leib und Leben wie an Ehre und Vermögen war darin faktisch bereits enthalten, denn dem sacer als dem religiös und rechtlich Geächteten mochte jedes Uebel zugefügt werden, und entzog er sich demselben durch Flucht, so trat wenigstens die Recht- und Ehrlosigkeit, die aqua et igni interdictio[212]) und die Consekration des Vermögens ein. So läßt sich die Sacertät auch als der ursprüngliche Inbegriff aller spätern Strafübel bezeichnen.

Die Sacertät ist im bisherigen als der unmittelbare Ausdruck der sittlichen Entrüstung des Volks aufgefaßt, im Gegensatz zu der Ansicht, die in ihr eine legislative Schöpfung findet; auch hierüber muß ich mich erklären. Daß ein Gesetz zuerst die Acht eingeführt haben soll, hat nichts widerstrebendes; daß aber der Gesichtspunkt, der Verbrecher habe sich gegen die Götter vergangen — und das ist ja das Wesentliche bei der Sacertät — das Wort legislativer Bestimmung sein sollte, scheint mir eben so unglaublich, als daß die Infamie ihren Ursprung der Gesetzgebung verdanke. Solche Institute, wie die Sacertät und Infamie, kann der Gesetzgeber, wenn sie einmal vorhanden sind, benutzen, normiren, umgestalten; aber er vermag dies auch nur dadurch, daß er an die bestehende Ansicht, an den Abscheu des Volks vor dem, der durch eigne That sacer und infamis geworden, anknüpft. Die sittliche Entrüstung, die beide Institute in sich schließen, und ohne die sie nichts sind, läßt sich durch ihn nicht hineintragen, und andererseits wartet sie, um sich Genugthuung zu verschaffen, nicht erst auf ihn. Gibt man dies für die Infamie zu, ungeachtet sie später als ein gesetzlich regulirtes

212) Die darum auch nicht als Strafe gilt. Ein Uebel war sie, aber keins, das den Schuldigen mit der Gemeinschaft wieder versöhnt. Cicero pro Caecina c. 34: Exilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam qui volunt poenam subterfugere aut aliquam calamitatem, eo solum vertunt u. s. w.

Institut erscheint, so darf man auch, um dasselbe für die Sacertät anzunehmen, daran keinen Anstoß nehmen, daß sie später der Gesetzgebung in die Hände fällt. Diese spätere Entwicklung der Sacertät, bei der sie sich immer mehr von ihrem ursprünglichen Wesen entfernt und zuletzt zu einer bloßen Vermögensentziehung zusammenschrumpft, hat kein Interesse mehr für uns.

Indem wir jetzt die Religion mit ihrer Einwirkung auf das Recht verlassen, gedenken wir schließlich noch des mildernden Einflusses, mit dem sie bei mancherlei Anlässen der Strenge der Strafe entgegentrat. Die römischen Götter, mit der einen Hand die Beleidigungen rächend, die ihnen widerfahren, streckten schützend die andere über die Verfolgten und Schutzlosen aus. Es gab heilige Orte und Zeiten, an denen Verfolgung und Strafe ruhte. Vor dem Zorn des Hausherrn flohen die Untergebenen zum Hausaltar, vor der Rache des Verletzten der Schuldige zum Tempel oder zum Asyl. An die Idee des Asyls knüpft Roms Entstehung an, und wenn hier gleich das Asyl als Mittel zu politischen Zwecken erscheint, so ist es doch die Religion, die dasselbe unantastbar macht.[213]) An den Lectisternien, wo Haß und Zank ruhte, nahm man den Gefangenen die Fesseln ab und hielt es für eine Gewissenssache, sie nachher wieder anzulegen.[214]) An den Saturnalien, dem Feste des Gottes, der Segen und Wohlleben spendete, ließ man auch Sklaven und Verbrecher an der allgemeinen Freude Theil nehmen. Jene kosteten vorübergehend das Glück der Freiheit, diese entließ man dauernd ihren Ketten die sie dem Gotte zu bringen pflegten, der sie davon befreit hatte.[215]) Wenn der Priester des Jupiter (flamen dialis) ein Haus betrat, in dem sich ein Gefesselter befand, so gebot das Fas, ihm seine Banden abzunehmen und über das Dach aus dem

213) Hartung Relig. der Römer B. 2 S. 57.

214) Liv. V, 13 .... jurgiis ac litibus temperatum; vinctis quoque demta in eos dies vincula; religioni deinde fuisse, q u i b u s eam o p e m D i i tulissent, vinciri.

215) Hartung a. a. O. II. S. 125, 126.

Hause zu schaffen. Wenn Jemand, der zur Geißelung abgeführt ward, ihm begegnete und ihm zu Füßen fiel, so mußte die Exekution aufgeschoben werden.[216]) So durchbrach die Religion gewiß noch in manchen Fällen die strenge Ordnung des Rechts und des bürgerlichen Lebens, und auch in die kalte römische Rechtswelt fällt doch, zurückgestrahlt von den Göttern, der warme Sonnenblick eines menschlichen Gefühls.

## Gemeinsames aller dieser Ausgangspunkte.

XIX. Der normale Charakter einer Anfangsbildung besteht in der Einheit ohne Verschiedenheit, d. h. der Gebundenheit der Gegensätze, der Unselbständigkeit der einzelnen Theile. Bevor die Unterschiede, die dem Keime nach in ihr bereits vorhanden sind, sich regen und bewegen dürfen, muß eine Zeit vorausgegangen sein, die das Moment der Einheit möglichst kräftig, wenn auch einseitig entwickelte, soll anders letzteres nicht im verfrühten Kampf der Gegensätze rasch erliegen. Zu dieser Bemerkung veranlaßt uns ein Rückblick auf unsere bisherige Darstellung. Der Grundzug des bisher geschilderten Rechtssystems — wenn wir es nämlich ein System nennen wollen, worüber unten das Weitere — besteht eben in jener ursprünglichen Gebundenheit der Gegensätze, jener Unselbständigkeit, Ununterschiedenheit der einzelnen Theile desselben. Erst jetzt, nachdem wir die Ausgangspunkte des Rechts im Einzelnen haben kennen lernen, ist es uns möglich gemacht, diese sie alle gemeinschaftlich betreffende Bemerkung unter Bezugnahme auf frühere Ausführungen rasch zu erledigen.

Wir erinnern daran, daß es sich hier nur um die ur-

---

216) Gellius X, 15.

sprüngliche Gestalt dieses Systems handelt, nicht um die, in der es in Rom selbst auftritt, denn hier begegnen uns schon gleich von vornherein manche Gegensätze, von denen einige bereits erwähnt, andere an gelegener Stelle nachgetragen werden sollen. Richten wir unsern Blick zuerst auf den Staat, so zeigte uns das Gentilitätsprinzip die Identität des Staats und der Familie, den Staat mit familienartiger Organisation, die Familie mit politischen Functionen. Unsere Ausführung über das Verhältniß des Staats zum subjektiven Prinzip (§. 15) hat uns die ursprüngliche Identität des Staats und des Volks, der Gesetzgebung und des Vertrages, der vindicta publica und privata nachgewiesen; unsere Darstellung der Wehrverfassung die Identität der militärischen und politischen Ordnung, der Volks- und Heeres-Versammlung, des Feldherrn und Königs. Die Religion fügt sich ganz dieser Ordnung; politische Verbindungen sind zugleich religiöse, die politische Gewalt schließt die religiöse in sich, politische Peregrinität ist religiöse Peregrinität.

Fassen wir die Rechtssphäre des Individuums ins Auge, so erinnere ich an die ursprüngliche Identität der Selbsthülfe und der Rache, hervorgehend aus der Identificirung des Vermögens mit der Person, an die Unzertrennlichkeit des öffentlichen und Privatrechts. Verlust jenes ist Verlust dieses, mangelnde Theilnahme an jenem schließt die privatrechtliche Rechtsfähigkeit aus, und die Ertheilung jener erfordert Aufnahme in die Gens, also in eine an privatrechtlichen Beziehungen reiche Gemeinschaft. Die rein privatrechtliche Exekution führt umgekehrt zum bürgerlichen Tode, zum Verlust der gesammten Rechtsfähigkeit.

Doch es möge der Beispiele genug sein! Es reicht schon eine oberflächliche Betrachtung jenes Systems hin, um sich zu überzeugen, daß die Fäden, die später weit aus einander gehen, hier nahe in einem engverschlungenen Knoten vereint sind. Das Reich des Gegensatzes beschränkt sich ursprünglich auf das Ver-

hältniß des Staates nach außen hin, und hier ist der Gegensatz ein klaffender, eine vollständige Negation alles dessen, was der Staat im Innern in sich birgt.

Wir haben von einem ursprünglichen System dieser Ausgangspunkte gesprochen; dürfen wir dies? Der Sinn der Frage ist folgender. Es ist möglich, daß das römische Volk, das aus verschiedenen Volksstämmen zu einem Volke zusammenwuchs, von jedem derselben irgend ein Element seiner sittlichen Welt überkam, von dem einen, bei dem der Einfluß der Religion prävalirte, etwa das religiöse, von dem andern, dessen Sinn vorzugsweise auf Krieg gerichtet war, das militärische, von dem dritten das rein privatrechtliche. Und in der That ist die Behauptung aufgestellt, daß das römische Recht aus einer solchen Mischung entstanden, und der Versuch gemacht, es auf seine ethnischen Urbestandtheile zurückzuführen.[217]) Sind wir nun für unsere Ausgangspunkte des römischen Rechts zu derselben Annahme gezwungen, sei es durch äußere historische Zeugnisse, sei es durch innere Gründe? Bei einem kriegerischen Volke, das in beständiger Bewegung begriffen ist, versteht sich der Einfluß des militärischen Interesses auf die Verfassung von selbst. Das Geschlechterprinzip fügt sich dem Zweck des Ganzen ungezwungen ein, und das subjektive Prinzip mit seiner Erbeutung und Selbsthülfe findet kaum eine passendere Stätte, als bei einem solchen Volke. Und das religiöse Prinzip? So wenig an sich die religiöse Stimmung dem kriegerischen Sinn widerstrebt, so könnte man doch am ersten in Versuchung kommen, in einigen Spuren des religiösen Prinzips im römischen Recht Reste eines religiös gefärbten Rechtssystems zu erblicken, das bei einem andern Volke seine Ausbildung erhalten hätte. Wir stellen diese Spuren, und zur Vergleichung die entsprechenden Punkte des profanen Systems, hier zusammen.

---

217) Göttling römische Staatsverfassung. Einleitung.

| | Religiöses System. Fas | Profanes System. Jus, vis. |
|---|---|---|
| Symbol: | aqua et ignis. | Hasta (quiris). Manus. |
| Repräsentant: | Numa. | Romulus. |
| Ehe: | confarreatio. (fax, aqua et ignis) | coemtio. (hasta coelibaris) |
| Vertrag: | Eid, sacramentum, Sponsio, foedus. | Volksgarantie, mancipatio nexum. |
| Prozeß: | actio sacramenti. | Selbsthülfe. — vindicatio, manus injectio u. s. w. |
| Strafrecht: | homo sacer. Die Strafe als Reinigungsmittel. | Vindicta publica. Die Strafe als Abfindungsmittel. |

Diese Spuren sind aber meiner Ansicht nach nicht genügend, um darauf jenen Schluß zu bauen; höchstens würden die beiden Formen der Ehe einen schwachen Anhaltspunkt gewähren.[218])

So wenig nun auch das älteste römische Recht uns sichere Spuren einer synkretistischen Entstehungsgeschichte darbietet, so darf man doch die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit der letzteren keineswegs in Abrede stellen, nur daß man bis jetzt wenigstens darauf verzichten muß, die ursprünglichen verschiedenen Elemente des Rechts nachzuweisen. Aber die Annahme einer solchen ursprünglichen Verschiedenheit im Recht ist mit der Annahme einer ethnischen Verschiedenheit der Urelemente der römischen Bevölkerung hinlänglich gerechtfertigt. Für unsern jetzigen Zweck genügt die Bemerkung, daß sich eine Beziehung der

218) Man könnte fragen: woher für ein und dasselbe Volk zwei Formen der Ehe? Allein diese Mehrheit der Eingehungsarten der Ehe ist gar nicht auffällig. Das mosaische Recht kennt zwei Eingehungsarten, mit und ohne Verkauf (Michaelis mosaisch. Recht B. II. §. 85, 86) das indische acht, freilich auf wunderlichen Unterschieden beruhende Arten der Ehe (von Bohlen das alte Indien B. 2 S. 141 fl.) in den slavischen Ländern findet sich in christlicher Zeit neben der kanonischen Form der Eingehung noch die alte weltliche (Maciejowski Slavische Rechtsgeschichte B. 2 §. 194), und selbst die Gegenwart mit ihrer Civilehe kann uns als Beispiel dienen.

verschiedenen von uns aufgestellten Ausgangspunkte auf nationale Gegensätze nicht rechtfertigen läßt.[219])

Der Weg, den wir bisher zurückgelegt haben, um zu den Quellen des römischen Rechts zu gelangen, war von der Art, daß uns die Vermuthung fast beständig eine Brücke schlagen mußte. Mögen wir ihn im Einzelnen öfter verfehlt haben — wie wäre das bei der Natur der Aufgabe auch anders möglich? — das erreichte Ziel halte ich im Allgemeinen für das richtige. Wir dürfen jetzt dies schlüpfrige Terrain verlassen, um uns dem römischen Volk, das mit dem im bisherigen entwickelten Kapital von Ideen und Einrichtungen seine Arbeit begann, zuzuwenden.

## Verhalten des römischen Geistes zu den gegebenen Ausgangspunkten.

### 1. Das Wesen des römischen Geistes und die Prädestination desselben zur Cultur des Rechts.

XX. Man hat die Bemerkung gemacht, daß die aus einer Mischung verschiedener nationaler Elemente entstandenen Völker sich durch nachhaltige Kraft auszeichnen, und für das römische Volk und dasjenige, welches unter den neuern die meiste Aehnlichkeit mit demselben hat, das englische, trifft diese Bemerkung in hohem Grade zu. Liegt der Grund darin, daß die Entstehung dieser Völker mit schweren Geburtswehen verbunden war, daß sie sich erst unter gewaltigen Anstrengungen, nach vorheriger Ueberwindung der durch die Verschiedenheit der Abstammung gegebenen Gegensätze in Sitte, Recht u. s. w. das Gut erwerben mußten, das andern Völkern als das bloße Resultat ihres längern Bestehens mühelos zufiel — die Nationalität? Uebt die Kraftanstrengung, mit der die Existenz des Volks beginnt,

219) In §. 20 kommen wir auf die Frage nach der synkretistischen Bildung des römischen Rechts noch einmal zurück.

eine dauernde Nachwirkung auf seinen Charakter aus? Der Grund liegt wohl in etwas anderm, nämlich darin, daß jener Bildungsprozeß die Nationalitäten, die er zur Einheit verbinden soll, nicht bloß in ihrem innersten Wesen erregt und zersetzt, sondern von ihnen nur das Feste, Kernige, Eiserne übrig läßt. Das Feuer, das dem Metall unschädlich ist, verbrennt und verflüchtigt die brennbaren und ätherischen Substanzen. Was von den Eigenthümlichkeiten der verschiedenen Nationalitäten diese Feuerprobe nicht bestehen kann, geht unter; was sich gehalten hat und in der neu gebildeten Nationalität fortdauert, hat damit seine feuerfeste Natur bewährt. So gewinnt der Charakter des aus diesen Elementen gebildeten Volks an Energie, Ernst, Strenge, Härte, Lebensklugheit, was er an Kindlichkeit, Naivität, Laune und allen Eigenschaften, die eine gewisse Harmlosigkeit der Lebensanschauung und ein ungetrübtes äußeres Glück voraussetzen, einbüßt — ein Charakter, gemacht, die Welt zu beherrschen, nicht sie zu gewinnen. Solche Völker sind es, die, wie sie ihrerseits die Werke der Phantasie von andern Völkern entlehnen müssen, letztern dafür Einrichtungen und Gesetze zurückgeben können. Denn sie, mit ihrer nüchternen Lebensansicht und ihrer der Uebereilungen und des Wankelmuths unfähigen Natur sind vor allem zur Cultur des Rechts berufen. Aus der Gegenwart liefert uns England mit seinen Staatseinrichtungen, aus dem Alterthum Rom mit seinem Privatrecht den Beleg zu dieser Behauptung.

So ist also gleich die Bildungsgeschichte des römischen Volks für das Recht bedeutungsvoll. Die erste Scene der römischen Rechtsgeschichte beginnt mit einer Gegenüberstellung und folgeweise einer Kritik der Einrichtungen und Rechtsanschauungen, die jeder der drei Stämme, der latinische, sabinische und etrurische, mit brachte, und endet mit einer Auswahl unter denselben von Seiten des neu entstandenen römischen Volks. Die Geschichte hat es uns zwar verwehrt, einen Blick hinter den Vorhang zu werfen, und öffnet ihn erst, als das römische

Recht fertig da steht. Aber können wir uns die Vorgeschichte in anderer Weise ausmalen? Wenn drei Völker mit verschiedenen Einrichtungen, Sitten und Rechtsansichten sich zu einem Staat zusammenthun, wenn schließlich nur ein einiges Recht übrig bleibt, an dem keine Spuren nationalen Gegensatzes erkennbar sind, so muß nothwendigerweise der Widerspruch ausgeglichen, d. h. also das Eine oder Andere geopfert worden sein. Dieser Läuterungsprozeß, bei dem die Schlacken ausgeschieden wurden, und nur das Kernige zurückblieb, erforderte keine gewaltsamen Mittel. Wo Starkes und Schwaches sich im Leben zum freien Kampf begegnen, verleiht das innere Uebergewicht, das jenem inne wohnt, von selbst den Sieg.

Drücken wir diesen Vorgang, bei dem die Stammesverschiedenheiten im Interesse des Staats überwunden werden, dahin aus, daß das Staats- und Rechts-Prinzip hier das der Nationalität überwältigt, so haben wir damit bereits für das erste Auftreten Roms den Satz gewonnen, der auch die spätere Bedeutung Roms, dessen eigenthümliche universalhistorische Stellung und Aufgabe bezeichnet. An keinen Namen knüpft sich so, wie an den Roms, der Gedanke eines Conflikts zwischen dem Nationalitäts- und dem abstrakten Staats- und Rechts-Prinzip oder, wenn man dabei auch die kirchliche Bedeutung des modernen Roms mit ins Auge fassen darf, der Gedanke des Gegensatzes der Nationalität und allgemeiner, supranationaler Tendenzen. Die geistige Substanz, die Rom in sich birgt, ist ein Scheidewasser, das, sowie es mit dem lebendigen Organismus einer Nationalität in Berührung tritt, ihn schmerzhaft erregt, ja wohl gar zersetzt und auflöst. Mit der eignen nationalen Selbstüberwindung beginnt die Geschichte Roms, ihr höchster Glanzpunkt zeigt uns den römischen Staat, stehend an der Gränzscheide der antiken und modernen Welt, zu seinen Füßen, zermalmt und zerrieben die Völker der damaligen Zeit. Nach dem Sturz dieser politischen Weltherrschaft erhebt sich auf derselben Stätte die Weltherrschaft der Kirche, eine Herrschaft des

Geistes, mächtiger noch, als die des Schwertes, und, als wäre dadurch jener Centralisations- und Expansionstrieb des römischen Geistes so lange nach dem Untergang des römischen Volks von neuem wieder angeregt, die Weltherrschaft des römischen Rechts. Wehe der Nationalität, wenn Rom sich naht — so möchte man rufen vom untergeordneten Standpunkt der Nationalität aus. Wenn wir aber gedenken, daß die Besonderheit und Trennung nicht das Ziel der Geschichte ist, sondern die Gemeinschaft und Einheit, daß die Individualität der Menschen und Völker durch das Moment der Allgemeinheit nicht zerstört, sondern geadelt und erhoben wird, dann werden wir in Rom nicht den Würgengel der Nationalitäten, den Geist, der bloß verneint, erblicken, sondern einen Träger und Vorkämpfer der Idee der Universalität gegenüber der einseitigen, beschränkten Herrschaft des Nationalitätsprinzips. Freilich ohne schmerzhafte Berührung fremder Nationalitäten hat Rom seine Aufgabe nicht erfüllen können. Wie die Schärfe des Schwertes den Völkern der alten Welt blutige Wunden schlug, so die Schärfe des Begriffs, die im römischen Recht hervortritt, dem nationalen Rechtsleben der modernen Welt. Aber die Wunden und Schmerzen sind der Preis der Kur.

Von diesem Standpunkt aus begrüßen wir das römische Volk bei seinem Eintritt in die Welt mit den treffenden Worten Huschke's[220]) „als eins jener Centralvölker, in denen sich die auseinandergegangenen Strahlen der Menschheit wie in einem Brennpunkt sammeln." Da schon seine Bildungsgeschichte uns Anlaß gegeben hat, seiner Mission und Eigenthümlichkeit zu gedenken, und da im spätern Verlauf der Darstellung das römische Volk gegenüber seinem Werk, dem Recht, zurücktritt, so halte ich es am geeignetsten, den Charakter des römischen Volks und dessen eigenthümliche Prädestination zur Cultur des Rechts bereits an dieser Stelle zur Sprache zu bringen.

---

220) Verfassung des Servius Tullius. Vorrede S. 17.

Der Nachweis jener Prädestination erfordert ein Eingehn in die Eigenschaften, den Charakter wie die intellektuelle Begabung des römischen Volks; nicht als ob daraus jene Prädestination selbst erklärt werden sollte — denn für sie läßt sich kein anderer Grund angeben, als daß einmal die Geschichte den Römern diese Mission der Cultur des Rechts zuertheilt hatte. Nicht weil die Römer diese und jene Eigenschaften hatten, waren sie zur Cultur des Rechts prädestinirt, sondern umgekehrt, weil ihnen nach der Oekonomie der Geschichte diese Aufgabe zugefallen war, waren sie subjektiv zur Lösung derselben befähigt. Es ist aber von Interesse, diese Befähigung im Einzelnen zu verfolgen, nachzuweisen, wie der historische Beruf der Römer ihr ganzes Wesen durchdringt, Eigenschaften, Kräfte, Einrichtungen hervorruft, die sämmtlich dem Zweck jener Aufgabe dienstbar sind.

Es möge vorher noch mit wenig Worten die angebliche Abstammung und Aehnlichkeit der Römer von und mit den Griechen berührt werden. In der That sind beide Völker in ihren Bestrebungen und in ihrer Begabung so unendlich verschieden, daß man Mühe hat, über der Verschiedenheit die Aehnlichkeit aufzufinden. Aber schon die Römer der spätern Zeit gefielen sich in der Idee von den Griechen abzustammen, und man beutete die vorhandenen Aehnlichkeiten in Sprache, Recht, Religion — theils und vorzugsweise die Reste der ursprünglichen Gemeinschaft aller indogermanischen Völker, theils die Resultate späterer Berührung beider Völker — in diesem Sinne aus. Es hat auch für die moderne Philologie eine Zeit gegeben, wo dieser Irrthum an der Tagesordnung und verzeihlich war, wo man berechtigt war, namentlich die Verwandschaft der griechischen und lateinischen Sprache aus der Annahme zu erklären, daß letztere eine Tochter der ersteren sei.[221]) Das Studium des

221) Diese Annahme hat auf die etymologische Bestimmung römischer Rechtsausdrücke und damit auf die Auffassung der durch sie bezeichneten In-

Sanskrit hat nachgewiesen, daß diese Annahme eine irrige, die lateinische Sprache vielmehr eine Schwester der griechischen ist, die die gemeinsame Muttersprache in vielen Stücken reiner und getreuer bewahrt hat, als letztere.[222]) Das Verhältniß der Sprachen aber bezeichnet das der Völker selbst; sie sind Geschwister, die einst mit den übrigen indogermanischen Völkern unter einem Dache lebten, und als sie sich trennten, eine gemeinsame Ausstattung an Sprache, Sitte, Religion u. s. w. mitnahmen.[223]) Aber wie verschieden entwickelte sich ihr Charakter nach jener Trennung, wie weit ging Recht, Religion, Sprache u. s. w. bei den verschiedenen Völkern aus einander. Was insbesondere das Recht anbetrifft, so ist bis jetzt zwar der Versuch noch nicht gemacht, die Spuren der ursprünglichen Rechts-Gemeinschaft aller indogermanischen Völker zu sammeln, allein so viel läßt sich schon jetzt sagen, daß die S p r a ch e wenig Aufschlüsse gewähren wird. Für den Begriff des Rechts wie die meisten Institute desselben hat jede indogermanische Sprache eine andere, dieselben von einer verschiedenen Seite auffassende Bezeichnung. Was also auch die indogermanische Völker-Familie an gemeinsamen Rechtseinrichtungen ursprünglich besaß: die Thätigkeit der Sprache in der Bezeichnung derselben d. h. das Erwachen des Bewußtseins über dieselben fällt in die Zeit nach der Trennung. Dies gilt nun insbesondere auch von dem Verhältniß des griechischen zum römischen Recht. So groß auch die Zahl der in der griechischen und lateinischen Sprache gleich

---

stitute selbst einen sehr nachtheiligen Einfluß ausgeübt; namentlich in Hüllmanns Grundverfassung und Ballhorn-Rosen über dominium.

222) Pott hat sich an vielen Stellen seines oft citirten Werkes hierüber ausgesprochen z. B. B. 1. S. XXVIII, S. 75, B. 2. S. 433 u. fl.

223) Ein gewisser Grad der Cultur war damals bereits erreicht. Das Gottesbewußtsein war entwickelt (in den meisten Sprachen hat sich noch das Wort dewa, Gott, erhalten. Pott B. 1. S. LVI), die Stufe des Nomadenthums zurückgelegt, man kannte Häuser, Dörfer, den Pflug, Mühlen u. s. w. Vergleiche hierüber Kuhn zur ältesten Geschichte der indogermanischen Völker. S. 12, 16, 17.

lautenden und gleich bedeutenden Ausdrücke sein mag: die Rechtsterminologie beider ist völlig verschieden, jedes der beiden Völker hat also die begriffliche Erfassung und Gestaltung seines Rechts völlig selbständig vollbracht. Was man auch an einzelnen Einrichtungen, Gesetzen, Gebräuchen u. s. w., die Griechen und Römern gemeinschaftlich waren, aufzählen möge: auf keinem Gebiet läßt sich die Unabhängigkeit der Römer von den Griechen und die Eigenthümlichkeit ihres ganzen Wesens so leicht und sicher erkennen, als auf dem des Rechts.

---

## Das Wesen des römischen Geistes.[224])

Haben wir oben die Bedeutung Roms in die Geltendmachung einer abstrakten Allgemeinheit in Staat und Recht gegenüber der Partikularität des Nationalitätsprinzips gesetzt, so könnte, wer vom römischen Volkscharakter nichts wüßte,

224) Der Philosoph von Fach möge es mir verzeihen, wenn ich mich im folgenden an einer Aufgabe der Philosophie der Geschichte vergreife, der meine Kräfte nicht gewachsen sind; hätte ich es gedurft, gern wäre ich ihr ausgewichen. Nur mit Widerstreben habe ich die folgende Ausführung dem Druck übergeben, und nur nachdem das Vorrücken des Drucks mich zwang, diesen Punkt, an dem ich lange nutzlos mich abgemüht habe, zu verlassen. — Daß eine Aufzählung aller Eigenschaften des römischen Charakters nicht genügte, brauche ich kaum zu sagen. Eine solche Aufzählung, die das ganze geistige und leibliche Besitzthum des Volks inventarisirt und in ihrer Genauigkeit wohl gar auch den Hausthieren als „Gehülfen des Menschen bei der Arbeit" einen freundlichen Blick zuwirft, erscheint mir nicht besser, als die Charakteristik eines Steckbriefes. Man erfährt daraus, daß die allgemein menschliche Natur sich auch bei diesem Volk nicht verläugnet habe, diese und jene Eigenschaften sich hier in diesem und jenem Grade wieder fanden, aber das eigentlich Spezifische und durch eine bloße Addition an Eigenschaften nicht Wiederzugebende der Volksindividualität bleibt dabei unberücksichtigt. Auf letzteres, das allen jenen Eigenschaften Richtung und Ausdruck gibt, habe ich im folgenden mein Augenmerk gerichtet, ohne es für erforderlich zu halten, es ins Einzelne hinein zu verfolgen.

glauben, als ob sein Wesen in kosmopolitischer Allgemeinheit bestände. Wer aber die Römer nur irgendwie kennt, weiß, daß kaum ein anderes Volk eine so unverwüstliche Nationalität besessen und so fest daran gehalten, wie sie. Nicht der Absperrung bedurfte diese Nationalität, um sich rein zu halten, nicht der Abwehr fremder Elemente; sie forderte alle Völker heraus, sich mit ihr zu messen, nahm massenweis fremde Elemente in sich auf, aber rasch zersetzt assimilirten sich dieselben dem römischen Wesen, ohne ihrerseits Rückwirkungen auf dasselbe auszuüben. In der Blüthezeit Roms, auf die wir uns bei dieser Charakteristik beschränken, steht die römische Nationalität da wie ein Fels im Meere, an dem die Völker der alten Welt wie Wogen sich brechen.

Wie verträgt sich mit dieser Energie, die das Nationalitätsprinzip in Rom entfaltet, jene universelle, antinationale Mission des römischen Volks? Das universelle Moment im römischen Charakter geht hervor aus einer Eigenschaft, die nach der einen Seite ebensowohl eine expansive, universelle, wie nach der andern eine contraktive, exklusive Tendenz hat — der Selbstsucht. Die Selbstsucht, die sich selbst zum Mittelpunkt der Welt macht, alles nur auf sich bezieht, kömmt nicht in Gefahr, sich zu vergessen, ihre partikularistisch-exklusive Stellung aufzugeben; ihre Universalität besteht bloß darin, daß sie alles begehrt. Diese Expansionskraft des Begehrungsvermögens wie sehr sie immerhin mit der engherzigsten Gesinnung verbunden sein möge, dient doch objektiv der Geschichte als ein sehr wirksames Mittel für den Gedanken der Universalität. Rom liefert uns dazu den glänzendsten Beleg.

Selbstsucht also ist das Motiv der römischen Universalität, Selbstsucht — und damit wenden wir uns unserer eigentlichen Aufgabe zu — der Grundzug des römischen Wesens. Es gibt nun eine kleinliche Selbstsucht, kleinlich in moralischer und intellektueller Beziehung, kurzsichtig in ihren Berechnungen, ohne Energie in der Ausführung, in augenblicklichen, kleinlichen Vor-

theilen ihre Befriedigung findend. Es gibt aber auch eine grandiose Selbstsucht, großartig durch die Ziele, die sie sich gesetzt hat, bewundernswürdig in ihren Conceptionen, ihrer Logik und Fernsichtigkeit, imponirend durch die eiserne Energie, die Ausdauer und Hingebung, mit der sie ihre fernen Ziele verfolgt. Diese zweite Art der Selbstsucht gewährt uns das Schauspiel der vollsten Anspannung der moralischen und intellektuellen Kräfte, sie ist die Quelle großartiger Thaten und Tugenden. Kein Charakter ist so geeignet, um ihre Natur kennen zu lernen, als der römische. Es hat kein Interesse, die römische Selbstsucht in ihren nächsten, kleinlichen Schwingungen zu verfolgen, in jenen Eigenschaften der Habsucht, des Geizes, der Härte und Lieblosigkeit u. s. w.; hier zeigt sie sich noch in ihrer ganzen Nacktheit. Aber in demselben Maße, in dem die Verhältnisse, in denen das Individuum steht, und die Zwecke, denen es sich widmet, steigen, werden die Einwirkungen der Selbstsucht unkenntlicher, ihre Formen glänzender, und auf dem Höhenpunkt römischer Größe, der Hingebung an den römischen Staat, überwindet sich sogar die individuelle Selbstsucht, um sich selbst der des Staats zum Opfer zu bringen.

Es klingt paradox, daß auch jene Eigenschaften des römischen Charakters, wie die Tapferkeit, Vaterlandsliebe, Religiösität, die Achtung vor dem Gesetz u. s. w., Tugenden, die scheinbar keine Beziehung zur Selbstsucht haben oder wohl gar eine Entäußerung derselben voraussetzen, dennoch ihre Wurzeln in der Selbstsucht finden sollen. Um sich davon zu überzeugen, muß man nur den richtigen Standpunkt der Betrachtung wählen, nicht die römischen Individuen, sondern das Walten des römischen Volksgeistes ins Auge fassen.

Wenn ein Volk von einem Gedanken ganz und gar durchdrungen ist, sein ganzes Wesen, Sein und Thun in diesem einen Gedanken aufgeht, so gestaltet sich natürlich der Charakter desselben dem entsprechend. Die Tugenden, die Kräfte kommen zur Entwicklung, die jenem Zweck am förderlichsten sind. Jene

Selbstsucht nun, die wir oben charakterisirt haben, erfordert zu ihrem moralischen Apparat eine hohe Energie des Charakters, Tapferkeit, Selbstüberwindung, Ausdauer, Hingabe des Individuums an den allgemeinen Zweck, kurz die Eigenschaften, die wir bei den Römern wahrnehmen. Objektiv betrachtet sind dieselben also der nationalen Selbstsucht dienstbar, wenn auch subjektiv die Ausbildung und Bethätigung derselben gerade eine Selbstverläugnung enthalten sollte. Das einzelne Subjekt wird hier ohne sein Wissen und Wollen durch den Nationalgeist bestimmt; ob es sich seiner Bestimmung bewußt ist oder nicht, ist völlig gleichgültig. Von seinem Standpunkt aus mag die einzelne Handlung aus dem Pflichtgefühl oder unmittelbar aus dem unbewußten Drange der innersten Natur heraus hervorgegangen sein; daß es diese Natur hat, daß ihm dies als Pflicht erscheint, das ist dem Walten des Nationalgeistes zuzuschreiben. Letzterer gestaltet den Volkscharakter, die sittlichen Institutionen, das ganze Leben in der Weise, in der sie seinen Zwecken am förderlichsten sind.

An diesem Objektivirungsprozeß der nationalen Selbstsucht hat allerdings auch die Reflexion, die bewußte Berechnung ihren Antheil[224 a]) — gerade der römische Volkscharakter verträgt bei

224 a) Es hätte dieser Punkt etwas mehr hervorgehoben werden können; ich benutze die Correktur, um dies einigermaßen nachzuholen. Den Römern war es Bedürfniß, die Dinge zu gestalten, es widerstrebte ihnen, sie nach der Theorie der Naturwüchsigkeit sich selbst zu überlassen. Es ist bereits S. 93 darauf aufmerksam gemacht, wie dieser Zug auch in der römischen Sage hervortritt, und Keiner, der mit dieser Rücksicht die römische Welt betrachtet, wird den großen Antheil, den die Reflexion, Absichtlichkeit u. s. w. an ihr hat, verkennen können; überall ist ein Trieb nach intellektueller Erfassung und Beherrschung des Vorhandenen, so wie die nachhelfende und organisirende Hand des Menschen wahrnehmbar. „Kein Theil des Staatslebens, sagt Rubino a. a. O. S. 205, blieb, wie die Gestalt aller Institute desselben beweist, der spontanen Bewegung überlassen, noch beruhte er auf einer Masse unverbundener Traditionen; überall gibt sich das Bestreben kund, einen obersten Grundsatz zum Bewußtsein zu bringen und ihn mit der strengsten Consequenz durch die Einzelnheiten aller Regeln, Formen, Symbole durchzuführen.“

seiner durchaus praktischen Richtung mehr, als ein anderer die Supposition eines bewußten, absichtlichen Thuns — aber die Hauptrolle spielt doch dabei der unvergleichliche nationale Instinkt. Was ist dieser Instinkt, ist er eine Naturanlage, die sich nicht weiter begründen läßt, eine primäre Eigenschaft des römischen Geistes? Ich erblicke in ihm nur die Folge jener Richtung auf praktische Zwecke, jener zur zweiten Natur gewordenen Gewohnheit der Römer, ihre ganze geistige und moralische Kraft im Dienst der Selbstsucht zu verwenden. Die Römer können, möchte ich behaupten, nichts zweckwidriges thun; bewußt oder unbewußt betrachten sie alles unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit, und wie die Griechen auch ohne Absicht und Bewußtsein das Schöne finden, weil ihr ganzes Wesen von der Idee des Schönen durchdrungen ist, so treffen die Römer mechanisch das Zweckmäßige.

Die Idee der Zweckmäßigkeit also ist das Prisma römischer Anschauung, und den schlagendsten Beweis dafür bietet uns die römische Götterwelt.[225]) Die Römer konnten nur anerkennen und ehren, was einen Zweck hatte; Götter, die ohne bestimmten Beruf bloß sich selbst gelebt hätten, wären ihnen als Müßiggänger erschienen. Darum hatte jeder römische Gott seinen praktischen Wirkungskreis, so zu sagen, seinen Posten, für den und von dem er lebte. Das Prinzip der Theilung der Arbeit war in der römischen Götterlehre ins Lächerliche getrieben, die römische Erfindungsgabe war unerschöpflich darin, neue Geschäftszweige, Verrichtungen und Handlangerdienste aufzusuchen, wofür sich ein eigner Gott anstellen ließ. Es gab kein Interesse, so nichtig und unbedeutend, keinen Moment des menschlichen Lebens, von der Geburt bis zum Tode, des Landbaus, von der Saat bis zur Erndte u. s. w., dessen Obhut der prosaische Sinn der Römer nicht einem sehr langweiligen Gott anvertraut

---

225) Ich verweise des weitern auf Hegel in seiner Religionsphilosophie Theil 2, Absch. 2. der die römische Religion ganz treffend als die Religion der Zweckmäßigkeit bezeichnet.

hätte.[226]) Diese Götter gehn aber, wie die Römer selbst, ganz und gar in ihren Zwecken auf, sind nichts als personificirte Zwecke.

Auch die Religiosität der Römer, von ihnen selbst und andern so viel gepriesen, war im wesentlichen durch das Motiv der Zweckmäßigkeit oder der Selbstsucht bestimmt. Die Römer ehrten die Götter nicht, weil sie Götter waren, sondern damit letztere ihnen dafür ihren Beistand zuwendeten. Das Maß der Beistandsbedürftigkeit, der Noth, in der man sich befand, war zugleich das der römischen Religiösität. Natürlich unterhielt man auch in glücklichen Zeiten ein gutes Vernehmen mit den Göttern und ließ es an nichts fehlen, worauf sie einmal ein Recht hatten; man zahlte ihnen, wenn es erlaubt ist, das obige Bild weiter auszuführen, ihren Gehalt, den Preis, um den sie im allgemeinen Rom ihre Gunst bewahrten, unverkürzt aus. Begehrte Jemand aber außergewöhnliche Dienstleistungen von ihnen — der Staat, wie die Einzelnen — so mußte er, da auch die Götter nichts umsonst thaten, sie dafür entsprechend entschädigen. Eine beliebte Form, um die Götter zu gewinnen, war das Votum; beliebt nämlich, weil man dabei am sichersten ging d. h. den Göttern erst seinerseits das Versprechen zu leisten hatte, wenn sie ihrerseits den erwarteten Dienst erwiesen hatten. Das Votum enthält eine Uebertragung des Obligationenrechts auf die Götter und bewegte sich auch in der Terminologie desselben.

Je ehr dies Urtheil über die römische Religiösität, das den Egoismus zur Triebfeder derselben macht, auf Widerspruch stoßen wird, und je weniger der Versuch einer ausführlichen Begründung desselben hier am Ort sein würde, um so mehr muß ich an die obige Bemerkung von dem instinktartigen Walten des römischen Geistes erinnern. Es ist nicht meine Meinung, als ob bewußte Absicht und Berechnung in Rom mit dem heiligsten

---

226) Ich verweise vor allem auf die Abhandlung von Ambrosch über die Religionsbücher der Römer. Bonn 1843. S. 11 u. fl.

ihr Spiel getrieben hätten,[227]) aber ebensowenig kann ich glauben, daß in der Religion allein sich die römische Sinnesweise sollte verläugnet haben. An einer andern Stelle (§. 21) erhalten wir Gelegenheit zu zeigen, wie die religiösen Institutionen sich den Zwecken des römischen Staats fügten. So verkehrt es sein würde auf Grund dieser Thatsache den Römern die Meinung unterzuschieben, als ob diese Institutionen und die Götter selbst nur ein Werkzeug in den Händen des römischen Staats sein sollten, so ist doch soviel gewiß, daß objektiv jene Institutionen dem Staat die wesentlichsten Dienste leisteten. Den Grund davon kann man aber nur in jener Eigenschaft des römischen Geistes suchen, vermöge deren er allem und jedem, was innerhalb der römischen Welt zur Erscheinung kam, wie wenig es auch seinem Ursprunge nach mit der Nützlichkeitsidee in Beziehung stand, eine praktische Seite abzugewinnen wußte.[228])

Bewährt sich dieser Trieb selbst auf dem religiösen Gebiet, um wie viel mehr auf dem der profanen Welt.

Diese Welt im Ganzen und Großen enthält den Triumph der Idee der Zweckmäßigkeit; sie selbst sowie alle intellektuellen und moralischen Kräfte, die innerhalb derselben thätig werden, sind der Zwecke wegen da, mit Rücksicht auf sie bestimmt und gestaltet. Die Selbstsucht ist die Triebfeder des Ganzen; jene ganze Schöpfung mit allen ihren Institutionen und allen den

227) Dies ist natürlich schon behauptet, es entsprach der rationalistischen Ansicht, die in der Religion nur ein Werk der Täuschung und Berechnung zu erblicken vermochte. S. z. B. Buchholz Philosoph. Untersuchungen über die Römer. 3 B. Berlin 1819, ein Werk, in dem die Philosophie sich auf den Titel beschränkt. B. 1. S. 144 u. fl. Die religiösen Feste werden S. 147 für nichts weiter erklärt, „als Mittel, wodurch die römische Regierung die Aufmerksamkeit des großen Haufens von sich ab und auf andere Gegenstände hinleitete.“

228) An dem englischen Volk kann man ähnliche Beobachtungen machen. Wie manche Erscheinung läßt sich auch hier aufführen, die aus sittlichen Motiven hervorgegangen, wie z. B. die Sklaven-Emancipationsbestrebungen, das Missionswesen u. s. w., deren sich sofort der praktische Geist der Nation zu politischen Zwecken mit großem Erfolg bemächtigt hat.

Tugenden, die sich an ihr bethätigen, läßt sich als die Objektivität, als der Organismus der nationalen Selbstsucht bezeichnen.

Dieser Ausdruck bezeichnet vielleicht am kürzesten die Art und Weise, in der sich diese Selbstsucht bethätigt. Die römischen Institutionen, Tugenden u. s. w. ordnen sich zu einem Organismus zusammen, der durch den Gedanken der Selbstsucht getrieben wird. Diese Triebkraft aber offenbart sich nur in der Structur und Thätigkeit des Ganzen, nicht der einzelnen Theile; letztere werden nicht selbständig durch das Motiv der Selbstsucht, sondern durch das Bedürfniß des Gesammtorganismus bestimmt, und gerade dadurch, daß sie den unmittelbaren Einflüssen der Selbstsucht nicht ausgesetzt sind, werden sie um so geeignetere Werkzeuge derselben. Die Virtuosität der römischen Selbstsucht bewährt sich daran, daß sie stets den Gesammtzusammenhang vor Augen hat und nie auf Kosten desselben eine momentane Befriedigung erstrebt.

Machen wir dies durch Beispiele klar. Die kleinliche, kurzsichtige Selbstsucht hat nur den einzelnen Vortheil im Auge, sie verfolgt ihn nöthigenfalls auf Kosten des Rechts, der Ehre, des Vaterlandes, kurz in einer Weise, die, wenn sie allgemein wäre, die zweckwidrigste von der Welt wäre. Der Römer hingegen weiß, daß sein individuelles Wohl durch das des Staats bedingt ist, seine Selbstsucht umspannt also zugleich den Staat. Er weiß, daß strenge Befolgung und Handhabung der Gesetze dem allgemeinen und folglich auch seinem eignen Interesse entspricht. Er weiß, daß Vortheile, die durch Ehrlosigkeit, Feigheit u. s. w. erkauft werden, bloß scheinbare sind, daß die Selbstsucht nur in Verbindung mit der Ehre, Tapferkeit, Rechtlichkeit u. s. w. dauerhafte Resultate erringen kann. Dies Wissen ist aber zugleich ein Sollen und Wollen, d. h. das nationale Pflichtgefühl gebietet dem Römer eine solche Handlungsweise, und die Energie des Volks bewährt sich daran, daß es diesem Pflichten- oder der nationalen Selbstsucht blindlings nachlebt.

So verfolgt dann der Römer nicht den subjektiven Vortheil auf Kosten des Staats, nicht den momentanen Gewinn auf Kosten des Endziels, nicht die materiellen Güter auf Kosten der immateriellen, sondern er ordnet das relativ Niedrige dem relativ Höhern, das Einzelne dem Allgemeinen unter. Und schließlich alles dies doch nur im Interesse einer weitsichtigen Selbstsucht. Faßt man nun eine einzelne Tugend ins Auge, die Tapferkeit, die Vaterlandsliebe, die Achtung vor dem Gesetz u. a., so ist die Beziehnng derselben zur Selbstsucht gar nicht wahrzunehmen, ja sie scheint geradezu eine Entäußerung derselben zu enthalten. Es ist nicht anders, als wenn man aus dem Leben eines Individuums einzelne Akte der Selbstüberwindung herausgreifen wollte, die in der That weit entfernt eine Entäußerung der Selbstsucht zu bezeugen gerade eine Bethätigung derselben enthielten — jene Opfer der relativ niedrigen Regungen der Selbstsucht, die um so unerläßlicher sind, je entfernter und großartiger das endliche Ziel ist, das man sich gesteckt hat. Die römische Selbstsucht beschränkt sich darauf, den Operationsplan zu dictiren, jeder Kraft die richtige Stellung anzuweisen und ihr die Behauptung derselben zur Pflicht zu machen. Die ausführenden Gewalten nehmen die Vorstellung des großen Ziels, das ihrer harrt, sowie das Bewußtsein, daß ihre Thätigkeit zur Erreichung desselben unerläßlich sei, mit. Dies genügt ihnen, damit ist ihre Selbstsucht abgefunden, und jetzt reflektiren, fragen und zweifeln sie nicht, sondern sie handeln und handeln mit ganzer Hingebung, unermüdlicher Ausdauer, eiserner Kraft.

So läßt sich der römische Charakter mit seinen Tugenden und Fehlern als das System des disciplinirten Egoismus bezeichnen. Der Hauptgrundsatz dieses Systems ist, daß das Untergeordnete dem Höhern, das Individuum dem Staat, der einzelne Fall der abstrakten Regel, der Moment dem dauernden Zustand geopfert werden müsse. Diese Anforderung, objektiv in der That nichts, als ein Ausfluß der Zweckmäßigkeitsidee, ist durch die nationale Ansicht zur ethischen Nothwendigkeit,

Sittlichkeit, Pflicht gestempelt, und die gewaltige moralische Kraft des römischen Volks bewährt sich vor allem an der Bereitwilligkeit, mit der es sich diesem, wenn ich so sagen darf, conventionellen Pflichtencodex fügt, sich der durch die bloße Nützlichkeitsidee diktirten Nothwendigkeit unbedingt unterwirft. Sich selbst zu bezwingen ist schwerer, als Andere; ein Volk, dem bei der höchsten Freiheitsliebe dennoch die Tugend der Selbstüberwindung zur zweiten Natur geworden, ist zur Herrschaft über andere berufen. Aber der Preis der römischen Größe war freilich ein theurer. Der unersättliche Dämon der römischen Selbstsucht opfert alles seinem Zweck, das Glück und Blut der eignen Bürger, wie die Nationalität fremder Völker. Gemüth und Phantasie schrecken vor seinem eisigen Hauch zurück, die Grazien fliehen seine Nähe; für ihn selbst hat nur Werth, was Zweck oder Mittel zum Zweck ist. Die Welt, die ihm gehört, ist eine entseelte, der schönsten Güter beraubte, eine Welt, nicht von Menschen, sondern von abstrakten Maximen und Regeln regiert — eine großartige Maschinerie, bewundernswürdig durch ihre Festigkeit, die Gleichmäßigkeit und Sicherheit, mit der sie arbeitet, durch die Kraft, die sie entwickelt, alles zermalmend, was sich ihr widersetzt, aber eben eine Maschine; ihr Herr war zugleich ihr Sklave.

Die bisherige Darstellung hat uns den Weg gebahnt zu einer Aufgabe, mit der wir uns dem eigentlichen Gegenstand dieser Schrift, dem Recht, wieder nähern, das ist die Prädestination des römischen Volks zur Cultur des Rechts. Das Recht ist der höchste Punkt der römischen Welt. Wer sie und das römische Wesen kennen lernen will, muß sich auf diesen Punkt versetzen. Nicht bloß die Sinnes- und Denkweise der Römer tritt uns hier im hellsten Licht entgegen, sondern an keinem Punkte offenbart sich zugleich so sehr der Umfang und die Art ihrer gesammten moralischen und intellektuellen Begabung. Wer die Schriftzüge des Rechts zu lesen versteht, dem melden sie mehr von den Römern, als alle Berichte ihrer Historiker zu thun vermögen.

Aus der obigen Entwicklung über das Wesen des römischen Geistes ergibt sich, warum und nach welcher Seite hin derselbe in so hohem Grade zur Cultur des Rechts berufen war. Das Recht ist die Religion der Selbstsucht, am Recht kann und darf die Idee der objektiven Zweckmäßigkeit wenn auch nicht ausschließlich, so doch in einem ausgezeichneten Grade sich bethätigen, und gerade nach dieser Seite hin hat der römische Geist das Recht erfaßt und ausgebildet. Den Römern ist es von alters her gelungen, das Recht aus dem Bereich des Gefühls in das des berechnenden Verstandes zu versetzen, aus dem Recht einen von den Einflüssen der momentanen subjektiv-sittlichen Ansicht unabhängigen, äußern Mechanismus zu machen, den jeder, sei er Römer oder Nichtrömer, sobald er die Construktion desselben kennen gelernt hat, handhaben kann. Diese Losreißung des Rechts vom subjektiv-sittlichen Gefühl, seine Veräußerlichung und Objektivirung ist für die Geschichte des Rechts dasselbe, was für die Culturgeschichte die Erfindung der Buchstabenschrift — das Recht ist damit darstellbar und lesbar geworden. Sie bezeichnet den Sieg der Zweckmäßigkeitsidee über das subjektive Sittlichkeitsgefühl; erst von jetzt an kann erstere ihre Thätigkeit am Recht ungestört entfalten.

Nicht der einzelne Fall aber ist Objekt ihrer Thätigkeit, sondern die abstrakte Regel. Der einzelne Fall wird der allgemeinen Regel untergeordnet, geopfert; es ist dieselbe Hingabe des relativ Niedrigen an das Höhere, die wir oben (S. 298) als charakteristischen Zug der römischen Zweckmäßigkeitstheorie haben kennen lernen. Diese Unterordnung ist ein Postulat der Zweckmäßigkeit, sie gewährt dem Verkehr erst die nöthige Sicherheit, indem sie ihm gleichmäßige, im voraus zu berechnende Entscheidungen der Rechtsstreitigkeiten in Aussicht stellt. Die praktische Verwirklichung dieser Unterordnung aber ist in der That nicht so leicht, wie sie scheint; nur zu oft setzt das subjektive Rechtsgefühl ihr Widerspruch entgegen, und es gehört Charakterfestigkeit oder die Sicherheit

einer habituellen juristischen Anschauungsweise dazu, um diesem Widerspruch jeden Einfluß auf sich zu versagen, die abstrakte Regel der Regel wegen anzuwenden. Diese rücksichtslose Unterordnung des einzelnen Falls unter die abstrakte Regel, ich möchte sie die Tyrannei der juristischen Disciplin nennen, war den Römern von früh auf eben so geläufig und verständlich, als die unerbittliche Handhabung einer eisernen militärischen Disciplin im Felde. Wir werden sehen, daß das römische Recht jener Eigenschaft nicht weniger seine Größe verdankt, als der römische Staat die seinige dieser letzten.

Nicht das sittliche Gefühl, nicht die Gerechtigkeit erfordert diese eiserne Disciplin — ich kann es nicht genug hervorheben, sondern bloß die Zweckmäßigkeit. Die wahre Gerechtigkeit begehrt etwas mehr, als jene mechanische Gleichheit, die das Resultat einer solchen Tyrannei der todten Regel ist; die ächte, innere Gleichheit, die ihr entspricht, ist auf diesem Wege nicht zu gewinnen. Das unbefangene sittliche Gefühl sträubt sich dagegen, daß eine Rechtsfrage wie ein Rechenexempel gelöſ't, das Recht zu einer Maschine erniedrigt werden soll. Ich müßte die Charakteristik des zweiten Systems hier anticipiren, um nachzuweisen, wie sehr die oben entwickelte Richtung des römischen Geistes auf praktische Zwecke vortheilhaft auf die technische Ausbildung des Rechts eingewirkt hat. Daß im System des disciplinirten Egoismus das Recht eine Hauptstelle einnimmt, daß also die Römer ihr Hauptaugenmerk auf das Recht richten, sich zur Cultur der praktischen Seite des Rechts vorzugsweise berufen fühlen mußten — das, glaube ich, bedarf wohl keines langen Beweises.

Wie sehr die Römer sich zum Recht hingezogen fühlten, welche hervorragende Stelle dasselbe in der römischen Ansicht einnahm, ist zur Genüge bekannt. Was dem Volke Gottes die Religion, dem griechischen die Kunst, das war den Römern Recht und Staat, der Gegenstand des Nationalstolzes allen fremden Völkern gegenüber, der Punkt, an dem sie sich ihrer

Ueberlegenheit am meisten bewußt waren, der Magnet des Ehrgeizes und der Kraft. Wenn das Volk Gottes seine Propheten, und Griechenland seine Philosophen, Künstler und Dichter am höchsten verehrte, so traf diese Verehrung in Rom die Bürger, die sich um den Staat verdient gemacht oder das Recht sei es durch ihre Handlungsweise, wie Brutus und Regulus, verherrlicht oder durch ihren Scharfsinn gefördert hatten. Wie hoch ein Volk einen Beruf, eine Kunst, Wissenschaft u. s. w. stellt, dafür bietet die Achtung, die sie den Individuen, die sich dem fraglichen Beruf widmen, erweist, den natürlichsten Maßstab dar. Rom trieb die Künstler aus der Stadt, die Personen geistlichen Standes bildeten als solche nirgends weniger einen Gegenstand der Verehrung, als in Rom,[229]) und die Juristen umgekehrt haben nirgends eine größere Popularität, einen höhern Einfluß und höhere Achtung genossen. Die Macht, die das Recht über die Römer ausübte, beschränkte sich nicht auf den Verstand, beruhte nicht bloß darin, daß sie sich im Recht in ihrem Elemente fühlten, sich hier ihrer Virtuosität bewußt waren; ihr Stolz war nicht bloß intellektueller, sondern moralischer Art. Wohl mochten sie in ersterer Beziehung sich rühmen, daß kein Volk so weise Gesetze, so erprobte Einrichtungen besitze, kein Volk es in der Erkenntniß des Rechts so weit gebracht, wie sie; höher aber stand ihnen doch der Ruhm, daß nirgends das Recht die Herrschaft ausübte, nirgends die Gebote desselben so befolgt wurden, als zu Rom. Diese moralische Achtung vor dem Recht, die bereitwillige Unterordnung des Römers unter die Satzungen des Rechts, die Gerechtigkeitsliebe des Volks, der Abscheu desselben vor Rechtsverletzungen, das Gefühl der Sicherheit, das in Rom das Recht verlieh, das Vertrauen auf den Sieg desselben — das eben ist es, was den Römer am meisten mit Stolz erfüllen konnte. Glänzende Beweise einer solchen Gesinnung stellte die öffentliche Meinung ebenso hoch,

---

229) S. den folgenden Paragraphen.

wie es grobe Verstöße gegen dieselbe brandmarkte. Eine Rechtsverletzung führte den Sturz des Königthums und des Decemvirats herbei, und den Anfang der neuen Zeit, die Einführung der Republik, bezeichnet ein Triumph der Gerechtigkeit über die elterliche Liebe, die Hinrichtung der Söhne des Brutus durch den eignen Vater. Diese moralische Macht des Rechts über die Gemüther, diese Unfähigkeit des Römers, möchte ich sagen, ohne das Recht zu existiren, verläugnet sich auch im Verkehr mit fremden Völkern nicht. Mit welcher Spitzfindigkeit der römische Staat mitunter auch den Buchstaben des Rechts gegenüber fremden Völkern zu handhaben, die Politik sich in den Mantel des Rechts zu hüllen verstand, ihre Politik erkannte sich gebunden durch die Prinzipien des Rechts und wagte ihnen nicht offenbar Hohn zu sprechen. Dieselben völkerrechtlichen Grundsätze, die Rom gegen andere Völker geltend machte, erkannte es auch in ihrem ganzen Umfang gegen sich selbst an. Einem solchen Volke war es daher auch Bedürfniß und blieb ihm vorbehalten, den privatrechtlichen Verkehr mit Auswärtigen juristisch zu organisiren (jus gentium).

Die Anziehungskraft, die das Recht auf den römischen Geist ausübte, mögen wir von seinem Standpunkt aus dadurch zu motiviren versuchen, daß das Recht für seine Zwecke von äußerster Wichtigkeit war. Aber der Grund, warum die Römer so sehr des Rechts bedurften, lag wiederum darin, daß die Geschichte ihrer für das Recht bedurfte. Ihr eignes Interesse zwang sie, die Mission zu erfüllen, die ihnen hinsichtlich des Rechts zugedacht war; sich selbst lebend dienten sie der Welt.

Haben wir im bisherigen die vorwiegende Richtung des römischen Geistes auf das Recht als eine nothwendige zu zeigen versucht, so reiht sich daran die Frage, welche Mittel standen demselben zu Gebote, um seine Aufgabe am Recht zu erfüllen, welchen Umständen, welchen Eigenschaften des römischen Volks u. s. w. haben wir es zuzuschreiben, daß jene Aufgabe in einem

so hohen Grade gelang. In der Regel beantwortet man diese Frage mit einer Verweisung auf die intellektuelle Begabung der Römer, ihren scharfen, zersetzenden Verstand, ihren praktischen Takt u. s. w., und der Einfluß dieses Moments ist allerdings so in die Augen springend, daß ich darüber kein Wort verlieren mag. Aber was man nur zu oft vergißt, und was doch meiner Ansicht nach für das ältere Recht viel wesentlicher, ist die moralische Kraft, die Willensenergie des römischen Volks.

Das Recht ist nicht Ueberzeugung, Ansicht, Wissen u. s. w. kurz keine intellektuelle Größe, sondern eine moralische, es ist Wille. Nur der Wille vermag dem Recht das zu geben, worin das Wesen desselben beruht — die Wirklichkeit, nur er hat eine real gestaltende, schöpferische Kraft. Ein Volk möge intellektuell noch so begabt sein, fehlt ihm die moralische Kraft, die Energie und Beharrlichkeit des Willens, so wird das Recht nie bei demselben gedeihen. Seine Gesetze sind nichts anders, als die guten Vorsätze eines charakterlosen Menschen, Eingebungen des Augenblicks, die die Wirklichkeit Lügen straft und der folgende Augenblick verdrängt. Nur die Rechtssätze und rechtlichen Institutionen, die aus der Wirklichkeit des Lebens hervorgehn, haben Bestand und einen um so festeren, dauerhafteren, als sie durch die moralische Kraft des Volks getragen werden. Ihre Festigkeit und Dauerhaftigkeit ist sogar die Voraussetzung ihrer technisch-juristischen Vollendung. Wie kann das geistige Auge des Verstandes das Recht erforschen, wenn der Wille nicht vermögend ist, das Objekt der Beobachtung mit fester Hand zu halten? Wie trostlos unter einer solchen Voraussetzung der Beruf, sich geistig in das Objekt zu versenken, der unstäten, wankelmüthigen Wirklichkeit eine Theorie abzugewinnen! Wie unsicher die Aussicht, die entdeckten Wahrheiten in Wirklichkeit umzusetzen, wie werthlos der Besitz einer Lehre, die nur auf dem Papiere steht! Die bessern geistigen Kräfte der Nation wenden sich mit Unmuth von dieser Beschäftigung ab; die philosophische Ergründung des Rechts im allgemeinen mag sie an-

ziehen — das Recht, wie es ist, d. h. die juristisch-praktische Bearbeitung und technische Vervollkommnung desselben hat keinen Reiz für sie. Darum kann eine Jurisprudenz nur bei einem willensstarken Volk gedeihen; ohne Liebe, ohne Hingabe an ihren Gegenstand ist sie ein kümmerliches Ding, diese Liebe aber ist nicht möglich, wenn das Recht keinen innern Halt in sich hat und wo das Volk oder die Zeit ihn nicht besitzt, wie sollte das Recht dazu kommen?

Kein Recht ist geeigneter, uns diese Bedeutung des Willensmoments, und die Wechselwirkung zwischen moralischer und intellektueller Kraft zu veranschaulichen, als das ältere römische; einer Zeit, wie der unsrigen, kann es als Spiegel dienen, worin sie erkennt, was ihr fehlt. Was jene beiden Kräfte aus dem ältern römischen Recht gemacht haben, wie sie unmittelbar in den Instituten desselben sich bethätigen, das wird das folgende System lehren, hier aber möge es mir erlaubt sein, an einigen allgemeinen Tendenzen und Eigenschaften des römischen Charakters sowohl die gewaltige Kraft, die dem römischen Volk innewohnte, als die Relevanz moralischer Eigenschaften für die technische Ausbildung des Rechts zu veranschaulichen.

Ich hebe zuerst zwei Eigenschaften hervor, die sich beide — nur nach verschiedenen Seiten hin — als Ausflüsse eines festen, energischen Willens bezeichnen lassen, die Consequenz und die conservative Tendenz des römischen Charakters. Etwas wirklich wollen, heißt es ganz und dauernd wollen; Consequenz und Ausdauer sind die Kennzeichen und unzertrennlichen Begleiter der Willensstärke.

Der Verstand mag die Consequenzen ziehen, aber der Wille ist es, der sie verwirklicht. Hier ist so recht Gelegenheit gegeben sich von der Wahrheit der obigen Bemerkung, daß auf dem Gebiete des Rechts Wille und Verstand nur gemeinschaftlich operiren können, zu überzeugen. Wenn das römische Recht sich mehr als irgend ein anderes durch seine Logik auszeichnet, so

gebührt das Verdienst nicht so sehr dem Verstande, der sie erkannte, als dem Willen, der sich praktisch ihr unterordnete, und ihr erst dadurch reale Existenz verschaffte. Diese praktische Realität jener Logik, die bereitwillige Unterordnung des römischen Volks unter, ich darf sagen, die rücksichtsloseste Tyrannei der Consequenz ist viel bewundernswürdiger, als die höchste Anspannung der bloß intellektuellen Consequenz. Wenn andere Völker für ihre religiösen Ueberzeugungen gelitten haben, so hat das römische Volk es für seine rechtlichen. Daß die römische Rechtswissenschaft ein einfaches, consequentes Recht vorfand, das war das moralische Verdienst des frühern römischen Volks, das trotz seines Freiheitsgefühls sich das Joch einer eisernen Consequenz Jahrhunderte lang hatte gefallen lassen. Daß es ein Joch war und worin das Drückende desselben bestand, wird das folgende System zeigen.

Die Wechselwirkung zwischen Verstand und Wille tritt hier noch an einem Punkte schlagend hervor; es ist dies jene dem Kenner des römischen Rechts wohlbekannte Weise der Römer, die Consequenz mit dem praktischen Bedürfniß durch Kunstgriffe, auf Umwegen u. s. w. zu vermitteln. Der moralische Widerwille der Römer gegen eine Uebertretung oder Nichtachtung der einmal anerkannten Prinzipien drückt und preßt, möchte ich sagen, den Verstand, seinen ganzen Scharfsinn aufzubieten, um Mittel und Wege zu finden, durch die jene Vermittlung der Consequenz mit dem praktischen Bedürfniß sich erreichen läßt. Die Noth macht erfinderisch. Mögen die Erfindungen der Römer mitunter immerhin den Vorwurf einer hohlen Sophistik, einer bloßen Scheinconsequenz und wohl gar der Absurdität verdienen, unläugbar ist es, daß dieser Conflikt zwischen der Consequenz und dem praktischen Bedürfniß die juristische Erfindungsgabe der Römer zum größten Vortheil der technischen Vollendung des Rechts in Bewegung gesetzt und ausgebildet hat. Ein Volk von noch so hoher intellektueller, aber geringer moralischer Kraft wird diesen moralischen Nothstand und damit auch

den vortheilhaften Einfluß desselben auf die juristische Ausbildung seines Rechts nie kennen lernen; wo die Consequenzen seines Rechts zu praktischen Unzuträglichkeiten führen, setzt es sich einfach über dieselben hinweg. Dem Laien wird dies heutzutage als höchst natürlich und nothwendig erscheinen, dem Juristen fällt es oft schwer sich vom Gegentheil zu überzeugen.

Die eben gemachte Bemerkung gilt auch von der conservativen Tendenz der Römer, der wir uns jetzt zuwenden. Auch sie war ein mächtiger Hebel für den römischen Scharfsinn; die Anhänglichkeit an das althergebrachte Recht rief, wo sie sich durch unabweisbare Anforderungen des stets in der Fortbildung begriffenen Lebens gefährdet sah, die juristische Kunst zu Hülfe oder sagen wir, trieb sie hervor. Die Bedürfnisse der Gegenwart mit den Traditionen der Vergangenheit zu vermitteln, ersteren gerecht zu werden, ohne nach Form und Inhalt mit den Ueberlieferungen der Vorzeit zu brechen, den Verkehr zu discipliniren, die rechtsbildende Kraft in die rechten Bahnen zu leiten, das war Jahrhunderte lang in Rom der edle ächt vaterländische Beruf der juristischen Kunst. In demselben Maße, in dem die Schwierigkeit dieser Aufgabe stieg, stieg sie selbst.

Des Zusammenhanges wegen haben wir hier zuerst des Einflusses gedacht, den die conservative Tendenz ähnlich wie die Consequenz auf die Entwicklung der juristischen Kunst ausgeübt hat. Indem wir die genauere Betrachtung dieses Einflusses der Stelle vorbehalten, wo derselbe uns in der Geschichte des Rechts begegnet, beschränken wir uns auf den eben hervorgehobenen Gesichtspunkt und eine Verweisung auf die obige Bemerkung, (S. 305) daß eine gewisse Stetigkeit des Rechts für die intellektuelle Entwicklung desselben unentbehrlich ist.

Diese Stetigkeit tritt nun in der Geschichte des römischen Rechts im höchsten Grade hervor,[230]) und daß sie bei den Rö-

230) Es ist dies so bekannt, und der Verlauf der Darstellung wird uns noch so manche Belege dafür geben, daß ich es für überflüssig halte, dies hier weiter auszuführen.

mern nicht wie im Orient in einer negativen Eigenschaft — der mangelnden Bildungsfähigkeit — ihren Grund hat, sondern in Charakterfestigkeit und Beharrlichkeit, das braucht kaum gesagt zu werden. Es gibt einen Conservatismus der Angst, der nicht den Muth hat, einer neuen Zeit ins Angesicht zu blicken und durch seine Kurzsichtigkeit seinen eignen Bestrebungen mehr hinderlich, als förderlich wird; mit diesem hat der römische keine Gemeinschaft. Die Römer haben sich nie gescheut, einer neuen Zeit gerecht zu werden, alte Einrichtungen, die sich überlebt hatten, fallen zu lassen, neue einzuführen, und der flüchtigste Blick auf das römische Recht genügt, um sich zu überzeugen, daß im Innern desselben Revolutionen vor sich gegangen sind, die nirgends ihres gleichen finden. Aber diese Revolutionen waren freilich wie die, welche die Natur durchgemacht hat, nicht das Werk einer wilden Kraft, die in kurzer Zeit sich erschöpft und nur stoßweise wirken kann. Sie vollziehen sich höchst allmählig und unmerklich, die neuen Ideen und Tendenzen treten anfänglich schüchtern und fast nur versuchsweise auf, das Bestehende setzt ihnen einen gewaltigen Widerstand entgegen, und ihr endlicher Sieg beruht nie auf einer Ueberrumpelung oder einer Uebereilung, sondern auf dem hinlänglich erprobten Uebergewicht ihrer Kraft.[231]) Dem Neuen muß der Zutritt schwer gemacht werden, dasselbe muß sich seine Aufnahme erst mühsam und allmählig erkämpfen; wo dies nicht der Fall, hat es auch keine Aussicht auf Dauer leicht gewonnen, wird es auch leicht wieder aufgegeben. Ein Volk, das, wie das römische und englische, fest am Alten hängt und dem Neuen nur weicht, wenn der Widerstand unmöglich geworden, hält dieses Neue anderer-

231) Diese Langsamkeit der Entwicklung geben die Römer selbst als Grund der Vorzüglichkeit ihrer Verfassung an. S. z. B. Cicero de republ. II. c. 1... ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus.... quod nostra respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus.

seits auch um so fester. Denn dieselbe Kraft, die der Neuerung den Zutritt erschwerte, wendet sich ihr zu, sobald sie denselben erzwungen hat.

Eine Kraft aber ist es und nicht die bloße vis inertiae, in der die conservative Tendenz des römischen Volks ihren Grund hat; es ist die Kraft, mit der ein fester Charakter die Grundsätze aufrecht hält, die er sich einmal gebildet hat, die Gleichmäßigkeit und Ausdauer, die bei Individuen wie Völkern das Kennzeichen der Energie sind.

Die moralische Kraft, die dem römischen Geiste innewohnte, erprobt sich aufs glänzendste an den Gegensätzen, die im Verlauf der Geschichte in Rom auftreten, ich meine sowohl Gegensätze in der Bevölkerung, wie die der ursprünglichen drei Tribus, der Patricier und Plebejer, als Gegensätze im Recht, wie vor allem den Dualismus des jus civile und jus gentium. Das Maß der moralischen Kraft, die einem Volk beschieden, erkennt man vielleicht am besten an seinem Verhalten gegenüber derartigen Gegensätzen, so wie ja auch für das Individuum die Widersprüche der menschlichen Natur der Prüfstein des Charakters sind. Ein schwacher Charakter ist bei beiden der Spielball dieser Gegensätze; die Einheit im Wesen, der feste Punkt fehlt, und der Prozeß endet sich mit einer moralischen Auflösung. Es bewährt bereits eine gewisse Kraft, aber doch andererseits eine Schwäche und einen Mangel an Selbstvertrauen, wenn man dem Gegensatz zu entrinnen oder ihn gewaltsam zu unterdrücken sucht. Es ist das Vorrecht der wahren Kraft, die Gegensätze sich frei entwickeln und bekämpfen zu lassen, ohne die innere Einheit dadurch einzubüßen; jene Gegensätze zurückzuführen auf ihre relative Berechtigung und als die verschiedenen Seiten erscheinen zu lassen, in denen sich die Einheit in vollendeter Weise darstellt.

Bedürfte es der Belege für diese Behauptung, — die Gegenwart könnte sie uns in Menge gewähren; ich verzichte darauf und beschränke mich lediglich auf Rom. Die römische Welt

liefert uns den Beweis, bis zu welchem Grade die wahre Kraft die Gegensätze zu ertragen und wie sie sich derselben zu ihrer eignen Stärkung zu bedienen vermag. Um der ethnischen Verschiedenheit der ursprünglichen Bevölkerung nicht zu gedenken, so erinnere ich vor allem an den Gegensatz der Patricier und Plebejer. Wie gewaltig war hier der Stoß und der Gegenstoß, von welcher Dauer der Kampf! Und doch: hat derselbe je den römischen Staat geschwächt, auf die Einheit des Staats und Volks, das gemeinsame Nationalbewußtsein nachtheilig eingewirkt, hat nicht gerade umgekehrt die Vertheilung der progressiven und conservativen Kräfte und Bestrebungen auf zwei verschiedene Volksmassen für die politische Entwicklung unendlich vortheilhaft gewirkt?

Um ein anderes Beispiel zu wählen, so gedenke ich des Gegensatzes zwischen dem individuellen Freiheitstriebe und dem Prinzip staatlicher Unordnung. Wo wären beide kräftiger entwickelt, als in Rom! Das höchste Maß der privatrechtlichen und politischen Freiheit auf der einen, die freigebigste Dotirung und die Popularität des Beamtenthums, der bereitwilligste Gehorsam auf der andern Seite.

Das römische Volk unter der äußersten Strenge des Kriegsgesetzes sowohl im Felde als, wenn ein Diktator ernannt war, auch daheim; der freie Römer wegen seines Privatlebens vor den Censor geladen; die Volksversammlungen in mannigfaltigster Weise abhängig von dem Beamten. Und andererseits dagegen die Souveränität und der Stolz und die Eifersucht des Volks auf seine Freiheit, die unumschränkte privatrechtliche Autonomie des Individuums. Ein Blick auf die Geschichte lehrt, wie schwer es den Völkern fällt, das Gleichgewicht zwischen Freiheit und Gehorsam herzustellen; es ist der beste Prüfstein ihrer moralischen Kraft.

Ich führte oben auch den Gegensatz zwischen dem jus civile und jus gentium an; es ist der zwischen Nationalität und Universalität des Rechts. Den anderen Völkern ist dies letzte

Moment durch die Reception des römischen Rechts von außen und auf Kosten des Moments der Nationalität aufgezwungen. In Rom entwickelt sich dieser Gegensatz auf natürlichem Wege von innen heraus, und beiden Momenten wird die freiste, vollste Entfaltung zu Theil, ohne daß das Gleichgewicht des Rechts dadurch gestört, die Einheit desselben gefährdet worden wäre.

Wer den von uns aufgestellten Gesichtspunkt an der Verfassung Roms zur Zeit der Republik erproben will, dem bietet sie mit ihren vielen latenten Widersprüchen reichen Stoff. Die Gewalten, die wir hier finden, die verschiedenen Volksversammlungen, der Senat, das Beamtenthum, schlossen die rechtliche Möglichkeit der Unverträglichkeit und Gegensätzlichkeit im hohen Grade in sich; das Tribunat war ja sogar die erklärte Negation, der autorisirte Widerspruch. Einer Zeit, wie der unsrigen, die in ihren Verfassungen die Kreise der verschiedenen Staatsgewalten aufs genaueste abzirkelt und dennoch das tägliche Schauspiel der Entzweiung derselben vor Augen hat, muß es als ein Wunder erscheinen, daß die römische Verfassung bei allem Stoff des Widerspruchs und der Gegensätzlichkeit, der in ihr lag, das gerade entgegengesetzte Schauspiel darbietet. Das Wunder ist aber nichts, als die einfache Wirkung der moralischen Kraft, die das römische Volk charakterisirt. Mit fester Hand weiß sie die Gewalten zu zügeln und zum harmonischen Zusammenwirken zu veranlassen. In dieser Kraft liegt überall in der römischen Welt der Grund der Einheit, die wir hier wahrnehmen; sie kann es wagen, die Gegensätze zu entfesseln, weil sie den Conflikt derselben nicht zu befürchten hat.

Ich darf hieran eine Bemerkung reihen, mit der ich die bisherige Betrachtung beschließe; sie betrifft die centralisirende Tendenz des römischen Geistes. Für die Rechts- und Staatsentwicklung ist der Umstand, daß sie auf die Stadt Rom beschränkt war, daß Rom trotz der Ausdehnung des Reichs doch der lebendige Mittelpunkt des Ganzen, der Sitz der Intelligenz, des politischen Lebens, Handels u. s. w. blieb, von allergrößtem

Einfluß gewesen. Diese Thatsache kann ich aber nicht als eine glückliche Fügung des Schicksals, als einen äußern Zufall gelten lassen, sondern ich erblicke in ihr ebensowohl einen Ausfluß römischer Eigenthümlichkeit, wie man die entgegengesetzte Erscheinung, die uns Deutschland darbietet, die Zersplitterung desselben, den Mangel an einem politischen oder geistigen Centralpunkt, auf eine entgegengesetzte Eigenschaft des deutschen Charakters zurückführt. Die dauernde Concentrirung des römischen Lebens auf die Stadt Rom ist ein Verdienst des römischen Geistes, eine Bethätigung des Centralisationstriebes, der den Römern überhaupt eigenthümlich ist. Wie dieser Trieb mit dem römischen Wesen und der historischen Aufgabe des römischen Volks zusammenhängt, braucht wohl nicht gesagt zu werden, und ebenso wenig, warum derselbe für keine Seite der gesammten Existenz eines Volks so vortheilhaft ist, als für das Recht.

Ich habe durch die bisherigen allgemeinen Betrachtungen die Geduld des Lesers vielleicht schon zu sehr auf die Probe gestellt, als daß ich sie noch weiter fortsetzen möchte. Ich hätte sie mir völlig ersparen können, wenn es nicht galt, dem verbreiteten Vorurtheil entgegen zu treten, als ob das Recht vorzugsweise vom Verstande sein Heil zu erwarten habe. Wäre dies Vorurtheil begründet, so wäre es unerklärlich, wie die Römer die Griechen, denen sie in geistiger Beziehung so tief untergeordnet waren, dennoch auf dem Gebiete des Rechts so weit übertreffen konnten. Zu zeigen, worin das Uebergewicht der Römer lag, wie nämlich erstens die ganze Richtung des römischen Geistes ihn vorzugsweise dem Recht zuführen mußte, und wie zweitens die moralische Kraft der Römer dem Verstande bei seiner Arbeit am Recht wesentlich behülflich war und diese Arbeit erst wahrhaft fruchtbringend machte — das war die Aufgabe, auf die es hier ankam.

## 2. Verhalten des römischen Geistes zu den gegebenen Ausgangspunkten.

XXI. Die Ausgangspunkte des römischen Rechts, die wir früher haben kennen lernen, geben uns die erste Gelegenheit, die so eben charakterisirte Eigenthümlichkeit des römischen Geistes daran zu erproben. Jene Ausgangspunkte als solche enthalten an sich noch nichts eigenthümliches; die ihnen zu Grunde liegenden Prinzipien werden sich in den Rechten der meisten Völker nachweisen lassen. Was das römische anbetrifft, so reichen sie, wie früher bereits bemerkt, weit über Rom hinaus, und es mag sich noch manches Einzelne, das wir oben bei Gelegenheit derselben haben kennen lernen, aus der frühern Gemeinschaft aller indogermanischen Völker herschreiben.

Wie sehr aber immerhin die Anfänge des Rechts bei den meisten Völkern sich gleichen mögen, die allmählige Entwicklung der Volksindividualität, die Verschiedenheit der Schicksale und äußeren Verhältnisse wirkt bald auf das Recht zurück. Bei manchen Völkern dauern jene Ausgangsprinzipien noch lange fort, aber ihr inneres Verhältniß zu einander wird ein anderes, bald überwiegt das eine Prinzip, bald das andere. Manches Volk streift umgekehrt früh die Formen seiner Kindheit ab und nimmt vollendetere an; kurz die fernern Wege gehen weit aus einander.

Wir wollen jetzt untersuchen, welche Schicksale jene Ausgangsprinzipien in Rom gefunden haben, und wir wenden uns zuerst dem religiösen zu, weil dies meiner Ansicht nach am frühsten seine ursprüngliche Bedeutung verliert und am ersten eine abgesonderte Darstellung verträgt.

Heftet man seinen Blick bloß auf die äußere Erscheinung, so sollte man glauben, daß das religiöse Prinzip noch lange in Rom in vollster Kraft bestanden habe. Wohin man sieht, im öffentlichen wie im Privatleben, drängt sich noch bis gegen das Ende der Republik die Religion in den Vordergrund; kein

wichtiger Akt desselben, dem sie nicht assistirte. Und trotzdem muß ich entschieden in Abrede stellen, daß die Religion in Rom zur Zeit der Republik auf Recht und Staat einen bestimmenden Einfluß ausgeübt hat.[232]) Nicht darauf kommt es an, ob sie äußerlich überall hervortritt, an allem Antheil nimmt, ob ihre Formen beobachtet, ihre Gebote befolgt werden — dies Alles war der Fall und doch trägt es nichts aus. Das Wesentliche ist, daß der römische Geist die Religion in das Verhältniß eines Mittels zum Zweck herabdrückte, daß sie im römischen Staat nicht Herrin, sondern Dienerin war. Ich wiederhole die bereits im vorigen Paragraphen eingelegte Verwahrung, daß meine Meinung nicht dahin geht, als ob die Römer in bewußter Schlechtigkeit mit dem Heiligsten ihr Spiel getrieben hätten,[233]) sondern daß es eine im Wesen des römischen Charakters liegende Nothwendigkeit war, unbewußt und instinktartig alle Dinge seinen Zwecken unterzuordnen, ihnen die Seite abzugewinnen, nach der hin sie für diese Zwecke die größte Brauchbarkeit besaßen. Dies praktische Verhältniß der Religion zum römischen Staat und Leben will ich jetzt nachzuweisen versuchen.

Unsere Untersuchung wendet sich natürlicherweise vorzüglich

---

232) Wenn ich, ohne eigne Studien über die römische Religion haben anstellen zu können, und in dieser Beziehung also von meinen Gewährsmännern abhängig, dennoch in meinem Urtheil mich von ihnen emancipirt habe, so wird man darin keine Anmaßung erblicken. Der Romanist, der den römischen Charakter gerade von seiner eigenthümlichsten Seite am meisten kennen lernt, steht, wie ich glaube, auf einem Standpunkt, von dem aus sich mindestens manches in der Religion am besten begreifen läßt. Möge ich im folgenden die Farben auch etwas zu stark aufgetragen haben, gegenüber einer Richtung, die den Einfluß des religiösen Moments auf die römische Welt entschieden übertreibt, ist ein Outriren nach der andern Seite hin vielleicht gerade an der Zeit.

233) So faßte man früher wohl die Sache auf, und Polybius VI, 56 ging mit einem schlechten Beispiel voran. Er betrachtet die römische Religion bloß als ein Mittel, bestimmt, die große Menge durch Furcht vor den Göttern in Zaum zu halten, von dem herrschenden Stande mit dieser bewußten Intention ausgebildet und in Anwendung gebracht.

der Seite der römischen Religion und Kirchenverfassung zu, die zu Staat und Recht eine praktische Beziehung hatte. Die ausschließlich religiöse Seite derselben hat für uns nur ein negatives Interesse, insofern sie uns nämlich zeigt, wie weit sie hinter der ersten zurückstand. Die Priesterthümer, die dieser Seite angehörten,[234]) waren als politisch einflußlos wenig gesucht und darum von den Plebejern bei ihren Kämpfen um die geistlichen Stellen gar nicht begehrt.[235]) Bei der Aeußerlichkeit der ganzen römischen Religiösität läßt sich an einen sittlichen Einfluß der Priester auf das Volk, wie er anderwärts so oft vorkommt, gar nicht denken. Bei einem wirklich religiösen Volke beschränkt die Religion sich nicht auf sich selbst, auf ihre Dogmen und Formen, sondern sie durchdringt und erfaßt das ganze sittliche Leben der Nation. Der Beruf der Priester ist dem entsprechend von derselben Ausdehnung, sie sind moralische Bildner des Volks und haben als solche den größten Einfluß auf dasselbe. Ganz anders bei den Römern. Die Priester sind hier bloß Diener der Götter, und ihre Aufgabe beschränkt sich auf die Verrichtung oder Ueberwachung des äußern Dienstes, das religiöse Dogma tritt dem gegenüber in den Hintergrund, ja kömmt in den letzten Jahrhunderten der Republik fast ganz in Vergessenheit, so daß jener Dienst vielfach nichts als eine mechanische Vornahme unverstandner und dadurch bedeutungslos gewordner Formen ward und nur durch den conservativen Trieb der Römer so lange sein kümmerliches Dasein fristete. Bei einer solchen Beschränkung auf das rein Ceremonielle konnten diese Priester keinen Einfluß aufs Leben gewinnen, und was keinen Einfluß hatte, war in Rom auch wenig ge-

234) Die Pontifices, Augurn, Fetialen und Decemvirn haben eine ganz andere Stellung, und sie sind hier natürlich nicht gemeint, sondern nur die eigentlichen Geistlichen, die flamines, der rex sacrificulus, die Vestalinnen u. s. w.

235) Es kam vor, daß ausschweifende junge Leute zur Strafe vom Pont. max. zu flamines bestimmt wurden (capti). Liv. XXVII. 8.

achtet.[236]) Einen sehr charakteristischen Gegensatz zu ihnen bildet die sittenrichterliche Gewalt des Censors; die von der Religion versäumte Moral flüchtet sich zum Staat, und er übernimmt das Amt des moralischen Lehr- und Zuchtmeisters.

Wenden wir uns jetzt einer andern Seite der Religion zu, die ihre praktischen Beziehungen zum Staat umfaßt. Wir sahen bei Gelegenheit des religiösen Prinzips (§. 18), daß die Staatsverfassung durch und durch mit religiösen Elementen versetzt war, und daß auch das Privat- und Strafrecht mannigfaltige Einwirkungen jenes Prinzips aufzuweisen hatten. Die Anschauung, aus der diese Einwirkungen hervorgegangen waren, war eine tief religiöse gewesen; letztere verweisen uns auf das innige Verhältniß, in dem das Volk sich die Götter zu sich und seinem ganzen Sein dachte, auf den Antheil, den die Götter jener Ansicht zufolge an dem Staat und dem menschlichen Treiben nehmen, auf das innere Bedürfniß des Volks, für seine Einrichtungen eine höhere Weihe zu suchen und seine Handlungen ganz dem Willen der Götter anzupassen. Aber wie so oft, überdauerte auch hier die äußere Einrichtung lange den Geist, aus dem sie hervorgegangen; jene blieb, dieser wurde ein anderer.

Schon die römische Königszeit ist nicht mehr von jener Gesinnung beseelt, aus der die religiösen Einrichtungen hervorgegangen sind,[237]) der Anfang der Republik und die ersten

---

236) Siehe z. B. Liv. XXVII, 8. Die flamines Diales hatten das Recht, im Senat zu erscheinen, wagten aber nicht, es auszuüben ... rem intermissum per multos annos ob indignitatem priorum flaminum, und als C. Flaccus es zum ersten Mal wieder in Anspruch zu nehmen wagte und seinen Anspruch durchsetzte, war, wie Livius sagt, nur eine Stimme darüber: magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem eam flaminem obtinuisse.

237) Ich freue mich, für diese Ansicht eine Autorität wie die von Ambrosch in seinen öfter citirten Studien u. s. w. S. 57. anführen zu können: „So viel ist gewiß, daß jener Zustand der Ruhe und Einförmigkeit, in welchem allein jenes an tausend Observanzen geknüpfte Priesterthum und Religionssystem entstehen konnte, schon in der Königszeit Aenderungen erlitt. Die Sage hat diesen Uebergang von Religion und Frieden zu Irreligiösität

Jahrhunderte derselben bezeichnen aber eine entschiedene Hintenansetzung der religiösen Traditionen,[238]) motivirt freilich durch dringende Umstände, aber undenkbar, wenn der religiöse Geist noch der alte gewesen wäre. Diese zwingenden Umstände waren die Ueberhebung des Königthums und die wachsende Macht und Opposition der Plebejer, jene führte zur Aufhebung des Königthums, einer schreienden Verletzung der inaugurirten Verfassung, die durch die Scheinfortdauer des Königthums im rex sacrificulus wenig verdeckt ward und als Präcedenz, auf die die Plebejer stets verweisen konnten,[239]) besonders gefährlich — diese zu so manchen Concessionen, die eben so viele Verstöße gegen das Fas waren. Ein von wahrhaft religiöser Gesinnung beseeltes Volk hätte ehr die Plebejer aus der Stadt ziehen lassen oder bis zum letzten Blutstropfen Widerstand geleistet, als daß es ihnen z. B. das connubium[240]) eingeräumt oder, wenn

---

und Unfrieden, diese Verwandlung eines geistlichen Königthums in ein weltliches, nicht anzudeuten vergessen. Der Eroberer Tullus ist der alten Satzungen der Religion unkundig, vernachlässigt sie, erscheint als Feind der Götter. Sein Nachfolger, mit welchem unverkennbar ein höheres politisches Leben seinen Anfang nimmt, macht sich und das Königthum freier von den Obliegenheiten der Religion, indem er einen nicht geringen Theil seiner geistlichen Functionen berechtigten Stellvertretern übergibt. Noch mehr überwiegt unter den folgenden Regierungen die politische Richtung ....... Der letzte König Roms steht als ein Verächter einheimischer Religionsweisen, als Anhänger ausländischer Culten da." Der Plan des ältern Tarquinius, die alte inaugirirte Verfassung durch Einrichtung von drei neuen Tribus eigenmächtig umzugestalten, ist für den Geist jener Zeit gleichfalls sehr charakteristisch.

238) Ambrosch a. a. O. S. 64 Anm. 111 setzt den Anfang des Verfalls der pontificischen Theologie sowie der Auguraldisciplin in die Zeit nach dem zweiten punischen Kriege. S. auch S. 66. Was mußte vorhergegangen sein, ehe ein solcher Verfall der Lehre möglich war! Daß sich bereits vor dem ersten punischen Krieg Spuren der sinkenden Achtung vor der Religion nachweisen lassen, hat er selbst bemerkt. S. 65 Anm. 116.

239) Wie dies auch geschah. Liv. IV c. 6.

240) Der Gesichtspunkt, der dasselbe ausschloß, lag darin: quod nemo plebejus auspicia haberet ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur.

einmal eingeräumt, Ehen mit ihnen eingegangen, sie zum Consulat zugelassen u. s. w., und ebenso hätte es, anstatt das Königthum aufzuheben, für den vertriebenen Tarquinius einen andern gewählt.

Man thut daher den Patriciern schwerlich Unrecht, wenn man annimmt, daß die Idee der religiösen Unverletzlichkeit der Verfassung, die sie so gern als Vorwand benutzten, um den Forderungen der Plebejer auszuweichen, ihre unbeschränkte Gewalt über die Gemüther bereits verloren hatte. Uebrigens ist die Emancipation des Staats von der Religion und die schon so früh erfolgende Entkräftung des religiösen Prinzips vorzugsweise auf Rechnung der Plebejer zu setzen; ihre politischen Bestrebungen führten jenes Resultat mit Nothwendigkeit herbei. Jede Niederlage der Patricier war zugleich eine Niederlage des religiösen Prinzips, jeder Sieg der Plebejer ein Sieg über die Idee der religiösen Unantastbarkeit des Staatsrechts. Für die römische Religiösität überhaupt ist es von unheilvollen Folgen gewesen, daß das religiöse Prinzip in der alten Verfassung einen zuweit vorgeschobenen Posten bildete, eine zu sehr exponirte Stellung einnahm und daher von den politischen Partheikämpfen stets berührt wurde. Zu sehen, wie die Religion ihre Positionen nach und nach aufgab, und ich möchte sagen, den Kürzern zog — das mußte auf die religiöse Gesinnung beider Partheien überhaupt die nachtheiligste Rückwirkung äußern, es hieß, sie zu der Einsicht bringen, daß das politische Interesse in Rom stärker sei, als das religiöse. Insofern daran nun die Mission des römischen Volks sich bewährt, können wir sagen, daß die Plebejer, indem sie die Patricier mit Gewalt aus den Banden des religiösen Prinzips befreiten, etwas Großes und Hohes leisteten; sie zwangen sie Römer zu werden.

Jener Rückzug der Religion aus der Verfassung erstreckte sich nicht weiter, als das Interesse der Plebejer es erheischte,

und es verblieb ihr innerhalb der Verfassung noch ein beträchtlicher Raum, auf dem sie einen unbestrittenen Einfluß ausüben konnte. Aber die Macht, die ihr hier gelassen, gehörte in der That nicht ihr selbst, sondern dem Staat. Die Römer hatten bei jenen Partheikämpfen gelernt, die Religion dem politischen Interesse unterzuordnen; ihre ferneren Leistungen machten dieser Schule Ehre. Darin beruhte ja, wie wir früher gezeigt, das römische Wesen, daß alles, was auf dem Boden der römischen Welt wuchs und bestand, den Zwecken derselben dienstbar werden mußte. Die Religion, durch die oft wiederholten Schläge ihrer wahren lebendigen Kraft beraubt, fügte sich leicht, und diese Fügsamkeit, die den Anlaß zu einem Conflikt mit dem politischen Interesse zu vermeiden verstand, gewährte ihr den Schein der Macht und Unabhängigkeit. Der römische Staat entsprach in allen Dingen ihren Satzungen und Geboten, schien sich ganz ihrer Autorität zu unterwerfen, aber er konnte es sonder Gefahr thun, denn ihre Gebote waren so eingerichtet, wie sie ihm am besten paßten, und ihre Autorität bekräftigte nur das, was er selbst wollte, so daß er im Endresultat die Mitwirkung dieser Bundesgenossin gewann, ohne seinerseits wesentliche Opfer dafür gebracht zu haben.[241])

---

241) Man könnte mir den Einwurf machen: was nützte die Mitwirkung der Religion, da sie dem bisherigen nach ihrer wahren lebendigen Kraft beraubt war. Es ließe sich darauf erwidern, zunächst daß das von mir angenommene Verhältniß zwischen der Religion und Politik für die höhern Kreise der Bevölkerung, in denen es ja im Grunde allein praktisch wurde, Statt gefunden haben kann, ohne daß dasselbe für die große Masse gegolten hätte. Für Ciceros Zeit trifft dies bekanntlich zu; Unglauben oben, Aberglauben unten! Wir haben aber nicht nöthig für die ältere Zeit zu dieser immer sehr mißlichen Annahme zu greifen, vielmehr, glaube ich, kann die menschliche Natur uns den scheinbaren Widerspruch lösen. Wenn man glaubt, was man wünscht, wenn also der Wille dem Glauben die Richtung vorschreibt, so sollte ein solcher Glaube gar keine Macht über uns haben, und doch wie groß kann diese Macht sein. Dieser Selbstbetrug liegt einmal tief in der menschlichen Natur, und in welchem Maßstabe und mit welchem Erfolge ein ganzes Volk desselben fähig ist, das lehrt uns vielleicht keins so sehr, wie das römische.

Wir wollen jetzt die Richtigkeit dieser Auffassung an den hauptsächlichsten hierher gehörigen religiös-politischen Einrichtungen, Grundsätzen u. s. w. nachzuweisen versuchen.[242]) Werfen wir zuerst einen Blick auf die mit der Handhabung oder Ueberwachung derselben betrauten Personen. Es gehören hierhin die Pontifices, die Augurn, die Fetialen und die Bewahrer der sibyllinischen Bücher. Alle diese Personen hatten einen großen Einfluß, aber derselbe war bedingt durch eine von der Staatsbehörde an sie gerichtete Aufforderung in Function zu treten. Sie antworteten nur, wenn und wie sie gefragt wurden, ihnen selbst fehlte die Initiative. Der Beamte konnte, wenn er wollte, die Auspicien allein vornehmen, oder einen Zeichendeuter zuziehn, der nicht zum Collegium der Augurn gehörte; eine ohne seine Aufforderung von einem Augur vorgenommene Beobachtung band ihn nicht.[243]) Das Collegium konnte wegen eines Fehlers bei Anstellung der Auspicien den vorgenommenen Akt z. B. die Wahl eines Beamten in den Comitien, für nichtig erklären, aber meines Wissens nur, wenn es befragt war. Die Fetialen entschieden völkerrechtliche Streitfragen, aber gleichfalls nur, wenn sie aufgefordert waren. Die Pontifices waren die Wächter des geistlichen Rechts, höchst geachtet und einflußreich, aber bei einem

---

Mangel ächter Religiösität und an deren Stelle ein Aberglaube, der trotzdem daß er in der Regel nur das sieht, was ihm lieb ist, dennoch eine große Macht über das Volk ausübt! Man begehrte Zeichen, aber sie sollten und mußten günstige sein — im ersten punischen Krieg ließ P. Claudius die Hühner, die das gewünschte Zeichen verweigerten, ins Meer werfen — sie waren natürlich in der Regel ganz nach Wunsch, und trotzdem hob es den Muth des Heeres, wenn es hieß, daß die Zeichen sehr günstig ausgefallen!

242) Manche gute Bemerkungen finden sich bei Beaufort la republ. Rom. lib. I c. V.

243) S. über die Stellung der Augurn namentlich die lehrreiche Ausführung von Rubino a. a. O. S. 44—62. und über die der Fetialen ebendaselbst S. 170 u. flg. Ueber die Bewahrer der sibyllinischen Bücher s. Hartung röm. Relig. B. 1. S. 135.

Conflikt mit dem Willen des Volks machtlos. Von ihren Strafekenntnissen konnte ans Volk appellirt werden, und umgekehrt kam es später vor, daß das Volk ihre freisprechenden Urtheile kassirte, ja sogar schon im fünften Jahrhunderte der Stadt, daß das Volk den Pontifex maximus zwang, eine dienstliche Handlung vorzunehmen, die er aus Gründen des geistlichen Rechts für unstatthaft erklärt hatte.[244])

Wie groß oder wie klein nun immerhin der Einfluß sein mochte, der diesen Personen zustand: vergessen wir nicht, daß alle jene Aemter als Staatsämter betrachtet und verwaltet wurden. Sie fielen Personen zu, die bisher ganz dem Staat gelebt hatten und mit der Uebernahme jener Aemter weder ihre politische Laufbahn als geschlossen, die Gunst des Volks also fortan als überflüssig betrachteten, noch dem Interesse des Staats irgendwie entfremdet wurden. Ein Standesinteresse verführte sie nicht, ihre Gewalt auf Kosten des Staats zu mißbrauchen und auszudehnen; an diesem, wie an jedem andern Platze fühlten sie sich nur als Bürger und Römer, und die Gesinnung, die sie als solche beseelte, leitete sie auch bei der Verwaltung ihres Amts. Oft mochte diese Gesinnung einen möglichen Conflikt des geistlichen Rechts mit dem politischen Interesse schon im Keim ersticken; sie bestimmte ja den Geist, mit dem man die heiligen Bücher, die Zeichen u. s. w. auffaßte, und ein dem Staat ergebener Pontifex und Augur gab, ohne sich einer Schlechtigkeit und der Absichtlichkeit bewußt zu sein, ihnen die Deutung, die dem politischen Bedürfniß am meisten entsprach. Als die Patricier noch im Alleinbesitz jener Stellen waren, bedienten sie sich derselben im Interesse ihrer Parthei;[245]) was bereits damals im Interesse der Parthei möglich war, war es auch später in dem des Vaterlandes.

---

244) Livius IX c. 46: coactusque consensu populi Cornelius Barbatus Pontifex maximus praeire verba, quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

245) Z. B. Liv. IV c. 7. (a. 310 U.C.) ... augurum decreto perinde

Ich darf hier noch auf die von Manchen [246]) bereits gemachte Beobachtung aufmerksam machen, daß es römische Regierungsmaxime war, den religiösen Strömungen, denen man zu weichen für nöthig hielt, von Staatswegen ein bestimmtes Bett vorzuzeichnen und sie dadurch in Abhängigkeit zu bringen. Oeffentliche Anerkennung und Gleichstellung eines neuen Cultus schien den Römern weniger gefährlich, als die bloße Duldung desselben; wo eine Unterdrückung desselben nicht mehr möglich war, entschloß man sich zu jener, und vom bloß politischen Standpunkt beurtheilt, bewährte man damit einen richtigern Blick, als die neuere Zeit mit ihrer Mittelstufe bloß tolerirter Glaubensbekenntnisse. Rom kannte keine Priester, die durch

---

ac vitio, creati honore abiere (tribuni militum), quod C. Curtius, qui comitiis eorum praefuerat, parum recte tabernaculum cepisset. Liv. VIII c. 23. (a. 428 U. C.) ... consulti augures vitiosum videri dictatorem pronuntiaverunt. Eam rem tribuni suspectam infamemque criminando fecerunt. ... nec quemque mortalium exstare, qui se vidisse aut audivisse quid dicat, quod auspicium dirimeret, neque augures divinare Romae sedentes potuisse, quid in castris consuli vitii obvenisset. Cui non apparere, quod plebejus dictator sit, id vitium auguribus visum. Schon im Jahre 293 läßt Livius III c. 10 einen Ausspruch der Duumviri librorum sacrorum durch die Tribunen verdächtigen: id factum ad impediendam legem tribuni criminabantur ingensque aderat certamen.

246) Z. B. Rubino a. a. O. S. 204 Anm.: „Es braucht hier nur kurz an das spätere Verfahren in Bezug auf die haruspices, die sibyllinischen Bücher, die vates, die Aufnahme der griechischen Culte und vieles Andere erinnert zu werden, was zu einem Schlusse auf die Vorzeit berechtigt. Unempfänglich gegen den Eindruck neuer religiöser Erscheinungen und Künste blieben die principes nicht, sie zogen sie in ihren Kreis, verarbeiteten und benutzten sie in ihrer Weise.“ Mäcen empfahl diese Maxime dem Augustus [Dio Cassius LII, 36. Hartung röm. Relig. I S. 236]: „Wahrsagung müßte zwar sein, doch so, daß sie durch öffentliche dem Staate bekannte Diener, nicht durch herumziehende Betrüger ausgeübt werde.“ August befolgte sie treulich, und seine Erfindung des jus respondendi enthält nur eine Uebertragung derselben Maxime auf die Juristen. Puchta Cursus der Instit. B. 1 S. 559.

hemmende Verbote zum Groll gegen den Staat veranlaßt, ihre Macht über die Gemüther zum Nachtheil des Staats benutzt hätten; die Macht, die sie besaßen, gehörte ihm, weil er, wenn er sie überhaupt in der Stadt duldete, sie ohne rechtliche Zurücksetzung der ihm dienstbaren politisch-religiösen Hierarchie einverleibte.

Wenden wir uns jetzt den Einrichtungen, Formen, Dogma u. s. w. der römischen Religion zu, soweit sie eine praktische Beziehung zum Staat haben, so gibt es in der ganzen römischen Welt schwerlich eine widerwärtigere Erscheinung, als sie uns darbieten — die Traditionen einer von tief religiösem Gefühl beseelten Vorzeit versteinert zu bloßen Formen und unter den Händen eines sie für seine Zwecke gestaltenden Verstandes. Nicht darin liegt das Widerwärtige, daß jener Geist, aus dem sie hervorgegangen, aus ihnen gewichen und sie selbst dennoch fortdauern — diese Erscheinung wiederholt sich täglich — sondern daß der geist- und gemüthlose Verstand sich ihrer bemächtigt, mit der Absicht zwar einerseits sie zu erhalten,[247]) andererseits aber doch sie seinen Zwecken anzupas-

247) Es wäre eine höchst interessante Aufgabe, die sich hier aber natürlich nicht behandeln läßt, die Aehnlichkeiten zwischen der römischen Jurisprudenz und der Behandlung der Religion nachzuweisen. Dieselben Erscheinungen, die jene uns darbietet (wie z. B. der Formalismus, die Consequenz, die Fictionen, die Scheingeschäfte u. s. w. selbst manche materielle Grundsätze) wiederholen sich hier, aber mit gerade entgegengesetzter Wirkung — was dem Recht angemessen war und die Ausbildung desselben im höchsten Grade beförderte, war für die Religion in demselben Grade nachtheilig und entfremdete sie immer mehr ihrem wahren Wesen. Juristische Fragen theologisch behandelt zu sehn ist noch erträglicher, als theologische Fragen juristisch. Rubino a. a. O. S. 219 Not. 2 macht darauf aufmerksam, daß „charakteristisch genug für die römische Denkweise die justi atque injusti scientia auch die Religion umfaßte." Dem Juristen ist die Legaldefinition der Jurisprudenz als einer rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia (L. 10 §. 2 de just. et jure) bekannt, und ebenso daß die Lehre von den sacra zum jus publicum gezählt wird (L. 1 §. 2 ibid.).

sen. Diese Versündigung des Verstandes an einem Gegenstande, dem er ewig fern bleiben sollte, dieser bewußte oder unbewußte Jesuitismus, der die gleichgültigen Formen beobachtet, weil sie ihm nicht hinderlich sind, und die wirklichen Hindernisse, die die Religion ihm entgegensetzt, mit elender Sophistik aus dem Wege räumt, dies Gemisch von Aberglauben und einer an religiösen Dingen sich bethätigenden Schlauheit und juristischen Kunst — es ist die abstoßende Schattenseite des römischen Charakters, aber höchst geeignet, um das wahre Wesen desselben daran zu erkennen.

Prüfen wir denn einmal die religiösen Grundsätze und Formen, auf deren strenge Beachtung sich im Grunde das Lob reducirt, das man der römischen Religiösität in so übertriebenem Maße gespendet hat;[248]) stimmen sie nicht ganz zu den weltlichen Zwecken der Römer? Ihre politischen Institutionen genießen den Schutz religiöser Weihe — aber die Religion ist fügsam genug, sich auf Verlangen allen Aenderungen zu unterziehen. Die religiöse Beziehung kann, wie ein äußeres Gewand, den Verhältnissen umgehängt und wieder entzogen werden. Die Inauguration läßt sich bei günstigen Auspicien rückgängig machen,[249]) die durch confarreatio in religiöse Weihe eingegangene Ehe durch diffarreatio lösen, die Heiligkeit des Orts wieder aufheben, selbst die Götter können zum Umzug aus diesem Tempel in einen andern gezwungen werden. Umgekehrt ist diese Weihe nicht durch die religiöse Beziehung des Gegenstandes bedingt, sie läßt sich jeder Institution ertheilen. Die Sacertät

248) Hartung a. a. O. I. S. 186 sagt z. B.: ... „so muß man den ältern Römern nachrühmen, daß sie eine so allgemeine, so durchreichende und so unerschütterliche Religiösität besessen und geübt haben, wie kaum ein anderes Volk der Erde."

249) Schon von Tarquinius dem Jüngern erzählt Livius I c. 55: exaugurare fana sacellaque statuit ... omnium sacellorum exaugurationes admittebant aves.

beruhte ursprünglich auf dem sittlichen Abscheu vor dem Frevel gegen die Götter, die Gesetzgebung aber disponirte über dies durch religiöse Ideen getragene und bedingte Institut wie über ein gewöhnliches Strafmittel, wandte es z. B. als das politisch brauchbarste Mittel zum Schutz der Tribunen an.

Die Fetialen sollten bei der Kriegsankündigung den Speer in Feindes Land werfen — aber als diese Vorschrift bei der Ausdehnung des Reichs beschwerlich wurde, half man sich, indem man einen Platz vor dem Tempel der Bellona durch einen gefangenen Soldaten des Pyrrhus ankaufen ließ und ihn als Feindes Land behandelte.[250]) Der Feldherr, den ein Unfall betroffen, sollte in Rom selbst neue günstige Auspicien erwarten; auch von dieser lästigen Vorschrift befreiten sich die Römer in ähnlicher Weise — ein beliebiger Platz auf dem Kriegsschauplatz ward zum ager Romanus gemacht und hier die Erneuerung der Auspicien vorgenommen.[251]) Das gelobte Opfer sollte gebracht werden — „aber man muß wissen, sagt Servius,[252]) daß bei den Opfern der Schein für die Wirklichkeit genommen wird; wenn daher schwer aufzutreibende Thiere zum Opfer gefordert werden, so formt man dieselben von Brod oder Wachs und bringt die Bilder dar;" statt der erforderlichen Hirschkühe schlachtete man Schaafe, nannte sie aber Hirschkühe. Der Flamen Dialis d u r f t e nicht schwören, der Magistrat m u ß t e seinen Amtseid leisten, beide Aemter waren also unvereinbar. Als man dennoch einen Flamen Dialis zum Aedilen wählte,[253]) und zwar zufälligerweise gerade einen solchen, der wegen seiner Strenge allgemeines Aufsehn erregt hatte,[254]) so half man sich

---

250) Die Stellen bei Hartung a. a. O. II. S. 271.

251) Die Stellen bei Rubino a. a. O. S. 89.

252) ad Aen. II, 116. Hartung a. a. O. I S. 160.

253) a. U. C. 552. Liv. XXXI, 50.

254) Liv. XXVII, 8, worauf Ambrosch S. 67 Anm. 127 aufmerksam macht. In Note 236 war bereits von ihm die Rede.

dadurch, daß man einen Stellvertreter für ihn schwören ließ, und der strenge Verfechter des geistlichen Rechts nahm daran keinen Anstoß, daß ein Volksbeschluß ausdrücklich bestimmt hatte, was übrigens sich ja auch von selbst verstand, daß es so angesehn werden sollte, als hätte er selbst geschworen, daß also im Grunde ihm nur der Akt des Schwörens, nicht aber der Eid selbst abgenommen war. — Der Festtag sollte geheiligt werden, für eine bewußte Uebertretung dieses Gebots nicht einmal eine Sühne möglich sein — aber dem praktischen Bedürfniß ordnete die Religion sich unter, nothwendige Arbeit durfte auch an Festtagen verrichtet werden.[255])

Statt mehr einzelne Beispiele anzuführen, will ich lieber einmal eine ganze Lehre des geistlichen Rechts, die für den Staat gerade von der eingreifendsten Bedeutung war, einer Prüfung unterwerfen, die Lehre von den Auspicien und Zeichen.[256]) Es war ein Bedürfniß des religiösen Gefühls, für eine einigermaßen wichtige Handlung die Zustimmung der Göt-

---

255) Hartung a. a. O. I S. 188.

256) Eine so große Rolle die Auspicien, Vorbedeutungen u. s. w. auch im römischen Privatleben spielten, so ist es doch höchst charakteristisch, daß wir im römischen Privatrecht auch nicht die geringste Spur eines Einflusses derselben nachzuweisen im Stande sind. Zwar ist in einer neuern Schrift der abentheuerliche Versuch gemacht, dem omen einen solchen Einfluß zu vindiciren, doch hat der Verfasser seine gegen die römische Jurisprudenz begangene Jugendsünde dadurch wieder gut gemacht, daß er ihr frühzeitig den Rücken gewandt hat. Die abergläubischen Ideen des Volks prallten an dem Meisterstücke der juristischen Vernunft kraftlos ab. Die juristische Behandlung des Eides gewährt einen schlagenden Beweis, wie sehr das Gebiet des Privatrechts sich gegen jegliche, ihm an sich fremde Idee abzuschließen wußte. Der promissorische Eid war juristisch völlig wirkungslos (man erinnere sich dabei des Gegensatzes wegen an das Kanonische Recht), der assertorische bloß unter dem Gesichtspunkt des Vergleichs aufgefaßt, einerlei ob wahr oder falsch geschworen. Contemta jurisjurandi religio satis deum habet ultorem (L. 2 Cod. de reb. cred. 4. 1).

ter einzuholen, und dem Glauben thaten der Himmel und die Vögel als Götterboten den Willen der Götter kund. Eine spätere Zeit brachte noch manche andere Erkenntnißmittel hinzu, das Fressen der Hühner, die Eingeweide des Opferthieres u. s. w., und der Glaube war geschäftig, selbst den Handlungen der Menschen, Unfällen gewöhnlicher Art, den Namen u. s. w. einen Glück oder Unglück ankündenden Sinn abzugewinnen.

Daneben aber verläugnete sich doch die römische Schlauheit nicht, die Lehre von den Vorzeichen war so eingerichtet, daß nicht der Mensch den Zeichen, sondern die Zeichen dem Menschen untergeben waren.

Wir müssen die eigentlichen Auspicien, die nach den Regeln der Kunst beobachtet und gedeutet wurden, von den bloßen Anzeichen unterscheiden, die sich ungesucht darboten. Was letztere anbetrifft, so lehrte man,[257]) daß sie ganz in der Hand dessen seien, der sie beobachtet hatte, er konnte sie annehmen (accipio omen) oder zurückweisen (ad me non pertinet), ja ihnen eine andere Richtung[258]) und Bedeutung geben. Sowie er im Augenblick, wo sie von ihm bemerkt wurden, der zunächst sich aufdrängenden ungünstigen Bedeutung eine passende günstige zu substituiren wußte, so war die Kraft des Zeichens gebrochen, die anscheinende Drohung in eine Verheißung verwandelt.[259])

---

257) Hartung a. a. O. I S. 101 Servius ad Aen.: nam nostri arbitrii est, visa omina vel improbare vel recipere.

258) Durch Schlauheit und selbst durch Betrug konnte man sich ein Zeichen aneignen, das einem Andern zu Theil geworden. Ich verweise z. B. auf den von dem Priester der Diana verübten Betrug, von dem Livius I, 45 erzählt, auf einen ähnlichen, aber durch Vorsicht von der andern Seite vereitelten Versuch, den Plinius Hist. natur. lib. XXVIII cap. II §. 15 berichtet: (... transiturum fuisse fatum in Etruriam, ni praemoniti .. legati Romani respondissent etc.).

259) Hartung a. a. O. I S. 101, der unter andern das bekannte Beispiel von Cäsar anführt, der, als er an der afrikanischen Küste aus dem Schiff

Ein ungünstiges Zeichen, das von dem Handelnden nicht beobachtet wurde, hatte keine Bedeutung für ihn, darum pflegte man beim Opfer sich das Gesicht zu verhüllen, um kein Zeichen wahrzunehmen, und beim Aussprechen feierlicher Gebete, Eidesformeln u. s. w. einen Flötenbläser spielen zu lassen, um auch die Ohren zu sichern.[260])

Was nun die Auspicien anbetrifft, so enthält die Auguraldisciplin einen recht schlagenden Beweis meiner obigen Behauptung. Sie war streng, sehr streng, was die genaue Beobachtung der Formen anbetraf, aber wer die Formen genau erfüllte, der konnte viel erreichen. Wie wohlthätig einerseits diese Strenge, die an den geringsten Formfehler Nichtigkeit des ganzen Akts knüpfte! wie geeignet, um staatsrechtliche Akte z. B. Wahl eines untauglichen Beamten von Seiten des Volks, durch die man überrumpelt war, hinterher wieder zu entkräften![261]) Andererseits aber wie fügsam jene Disciplin, wenn es galt, schlechte oder gute Zeichen aufzufinden! Der Grundsatz, der bei Gesetzen galt, daß das spätere das frühere aufhebe, war auch auf die Auspicien übertragen[262]) und gab die Auspicien ganz in die Hand des Suchenden. Gesetzt es sollte durch sie eine Maßregel hintertrieben, eine von unruhigem Geist beseelte Volksversammlung gesprengt werden, so setzte der die Auspicien beobachtende Beamte seine Beobachtung so lange fort, bis er endlich ein ungünstiges Auspicium erhalten hatte. Umgekehrt, wenn es darauf ankam, ein günstiges zu gewinnen;

---

ans Land sprang, stürzte und sich schnell fassend ausrief: ich habe Dich, Afrika.

260) Plin. Hist. nat. lib. XXVIII. c. 2 §. 11 ... tibicinem canere, ne quid aliud exaudiatur.

261) Es sind Beispiele bereits oben Note 245 vorgekommen.

262) Rubino a. a. O. S. 69 Anm. 1 und die dort citirten Stellen von Servius ad Aen. II, 691: si dissimilia sunt posteriora, solvuntur priora. XII, 183: in auguriis prima posterioribus cedere.

er stellte seine Beobachtung ein, sowie er das Gewünschte erhalten, alle vorhergehenden ungünstigen Zeichen wurden durch das letzte günstige entkräftet. Um eine Volksversammlung zu hintertreiben, genügte es sogar, daß an demselben Tage irgend ein magistratus, selbst ein minor, ein servare de coelo vorgenommen und dem Convokanten davon Anzeige gemacht hatte. [263])

Die Himmelszeichen, wenn sie auch dem Suchenden bei beharrlicher Fortsetzung seiner Beobachtung endlich zu Theil werden mußten, konnten doch einige Zeit auf sich warten lassen. Im Felde, wo oft der Augenblick entscheidet, bedurfte man solcher Zeichen, auf deren sofortiges Eintreten sich zählen ließ, wie z. B. das tripudium, das Fressen der Hühner. [264]) Zu dem Zweck führte jeder Feldherr Hühner mit sich, die im beständigen Zustande des Hungers gehalten wurden, und es ist wohl überflüssig zu bemerken, wie sehr dies Zeichen in der Gewalt des Suchenden war. Von den sibyllinischen Büchern läßt sich, wie es scheint, dasselbe behaupten, sie waren so unbestimmt abgefaßt, so vieldeutig, daß man alles, was man wollte, aus ihnen herauslesen konnte. [265])

Es verdient wohl beachtet zu werden, daß in allen diesen Fällen subjektiv gar kein Betrug erforderlich war, vielmehr die Religion die Regeln und Einrichtungen so elastisch gemacht hatte, daß sie sich auch bei strenger Beobachtung derselben stets den augenblicklichen Zwecken fügten. Mochte sie es verantworten, daß sie die Zeichen in die Hände des Suchenden gegeben, letz-

---

263) Einerlei, ob die Beobachtung eine günstige oder ungünstige gewesen war, der bloße Akt des servare de coelo war ausreichend. S. Rubino a. a. O. S. 74 u. f.

264) Es kam darauf an, daß sie gierig über das Essen herfielen, und daß beim Fressen etwas von dem vorgesetzten Futter auf die Erde fiel — für ausgehungerte Hühner, namentlich wenn man das Futter darnach wählte, eben keine sehr schwierige Zumuthung!

265) Hartung a. a. O. I S. 135.

teren selbst konnte kein Vorwurf treffen, wenn er das fand, was er im Interesse des Staats suchte.

Vom religiösen Standpunkt aus hat diese Entartung eines ursprünglich aus religiösem Bedürfniß hervorgegangenen Instituts etwas Widerwärtiges, und sie beweist den frühen Verfall der wahrhaft innerlichen Religiösität in Rom. Letztere würde sich nicht in der Weise an den Göttern haben versündigen können, daß sie die Nachsuchung ihrer Zustimmung zur leeren Posse herabgewürdigt hätte. Faßt man aber das ganze Institut mit seinen in den Willen der Staatsregierung gegebenen geistlichen Beamten, Zeichen, Nichtigkeitsgründen u. s. w., wie man es muß, als ein **politisches** Institut auf, so verdient es freilich von diesem Standpunkt aus eben so hoch gestellt zu werden, wie es in religiöser Beziehung niedrig steht. Die ausgezeichnete Brauchbarkeit des Instituts setze ich nicht sowohl in seine positive Seite, daß es nämlich der Regierung als Mittel diente, dem Volk Vertrauen einzuflößen, ihren Anordnungen durch die eingeholte Zustimmung der Götter Auctorität und Gehorsam zu verschaffen, als vielmehr in seine negative Function d. i. seine Macht, politische Maßregeln zu hemmen und zu entkräften. Ungünstige Auspicien, ja das bloße servare de coelo gewährten das legale Mittel, eine angesetzte Volksversammlung zu vertagen, und bei einer vorübergehenden leidenschaftlichen Erregung des Volks war dies schon ein großer Gewinn. Formfehler, bei Abhaltung der Auspicien vorgekommen, machten es möglich, Uebereilungen, Mißgriffe der Beamten und des Volks, die sonst durch kein verfassungsmäßiges Mittel mehr zu redressiren waren, als nichtig aus dem Wege zu räumen,[266]) so daß man das Collegium der Augurn, das über diese Nichtigkeitsfälle erkannte, als **höchsten politischen Cassationshof** bezeichnen könnte.

---

266) Ich verweise z. B. auf den Fall in Note 245, die Ernennung des Diktators betreffend, Liv. VIII, 23.

Das schließliche Resultat unserer Erörterung besteht darin, daß das religiöse Prinzip die Bedeutung, die wir ihm bei der Bildungsgeschichte des Rechts vindiciren mußten, für die Zeit des spezifisch-römischen Rechts verloren hat. Die religiös-rechtlichen Institute und Formen dauern zwar äußerlich noch lange fort, allein der Geist ist gewichen, die römische Sittlichkeit wurzelt nicht mehr in der Religion, sondern im Staats- und Rechtsprinzip. Die Blüthezeit der Republik liefert uns den Beweis, welch eine sittliche Kraft das bloße Staats- und Rechtsprinzip, sobald es den Menschen ganz und gar durchdrungen hat, zu entwickeln vermag.[267]) Die Allgewalt dieses Prinzips bethätigte sich auch daran, daß es die Religion in ihren Beziehungen zur Politik zu einem bloßen Mittel zum Zweck herabdrückte. Daß dies Mittel nicht zu schlechten Zwecken, sondern im wahren Interesse des Staats, daß es mit Mäßigung und äußerm Anstand benutzt ward, und die Römer nicht durch eine zu rasche Abnutzung es gehässig und werthlos machten — davon haben wir den Grund weniger in der Religion selbst, als in dem politischen Takt und Charakter der Römer zu suchen.

---

Was nun die drei übrigen Ausgangspunkte des römischen Rechts anbetrifft, so dürfen wir den einen derselben, das subjektive Prinzip, hier mit der Bemerkung erledigen, daß das folgende System vorzugsweise als sein Werk aufzufassen ist, wir dort also Gelegenheit erhalten werden, dies Prinzip in seiner

267) Darauf macht schon Augustinus in einer von Ambrosch angeführten Stelle, de civit. Dei V, 12 aufmerksam: ... qui (Romani) causa honoris, laudis et gloriae consulerent patriae, in qua ipsam gloriam requirebant salutemque ejus saluti suae praeponere non dubitarent, p r o i s t o u n o v i t i o i. e. amore laudis, p e c u n i a e c u p i d i t a t e m e t m u l t a a l i a v i t i a c o m p r i m e n t e s.

ganzen spätern Ausdehnung, auf dem Höhenpunkte seiner Kraft und Vollendung kennen zu lernen. Wie es sich historisch entwickelt hat, welche Bedeutung die Bestrebungen der Plebejer, die Zwölftafelgesetzgebung u. s. w. dafür haben, das gehört nicht hierher, und müssen wir der römischen Rechtsgeschichte überlassen. Für unsern Zweck genügt es zu wissen, daß die römische Rechtsbildung vorzugsweise dies Prinzip herausgreift, in meisterhaft consequenter Weise entwickelt und dasselbe von den beschränkenden Einflüssen der übrigen Ausgangsprinzipien befreit. Diese Entwicklung des subjektiven Prinzips steht im umgekehrten Verhältniß mit der der beiden andern Prinzipien. Ihre Zeit war dahin, das römische Volk, das über den Gegensatz der Patricier und Plebejer sich erhob, bedurfte anderer Formen und Prinzipien, als die Urbevölkerung Roms. Dauern auch manche der hierher gehörigen Einrichtungen äußerlich fort: ihre innere Bedeutung, ihre constitutive, productive Kraft ist, wie die der Religion, erloschen, und wir können uns hier von ihnen auf immer trennen; das folgende System wird ihrer nicht mehr gedenken. Da wir hier nicht, wie bei dem religiösen Prinzip, Veranlassung haben, der herrschenden Ansicht entgegenzutreten, so kann die Trennung rasch von Statten gehn. Was zuerst das Familienprinzip anbetrifft, so nimmt die Bedeutung desselben sowohl in politischer wie privatrechtlicher Beziehung in demselben Maße ab, als die Macht der Plebejer wächst. Auch hier haben sie wieder das Verdienst, einen für die Entwicklung des politischen Lebens sowohl wie für die freie Entfaltung des Privatrechts höchst wichtigen Fortschritt erzwungen zu haben. In letzterer Beziehung enthält ihre ursprüngliche Stellung die Unabhängigkeit des Privatrechts vom öffentlichen Recht und die des Vermögensrechts von der Familie. Ihnen verdankt also das reine, vom Einfluß des Familienprinzips emancipirte Privatrecht seinen Ursprung, und dies ist eben das spätere römische Privatrecht. In politischer Beziehung vertreten sie die Berech-

tigung der persönlichen Kraft, sowohl der geistigen und sittlichen als der materiellen, gegenüber dem Recht der Geburt, die Superiorität des freien Willens gegenüber einer durch die Natur bestimmten Nothwendigkeit, das lebendige Bedürfniß und Recht der Gegenwart gegenüber den ererbten Satzungen der Vergangenheit. Der Punkt, auf dem dies plebejische Prinzip auf Kosten des Familienprinzips zuerst zum Durchbruch kömmt, ist die Wehrverfassung. Das militärische Interesse setzt sich vielleicht überall am leichtesten über das Prinzip der Geburt hinweg. Die Servianische Verfassung, deren vorherrschend militärische Bestimmung bereits (S. 244) erwähnt ward, zeigt uns Patricier und Plebejer zu einem Heer vereint, als Maßstab der Wehrpflicht und des Stimmrechts, soweit es den Centuriatcomitien zustand, das Vermögen. Das Vermögen aber ist nichts als die materielle Kraft des Einzelnen, und im hohen Grade dem Wechsel unterworfen, ist zu erwerben und zu verlieren, es bildet also den entschiedensten Gegensatz zum Familienprinzip. Dasselbe praktisch als Maßstab politischer Pflichten und Rechte aufzustellen, wenn auch anfänglich in noch so beschränkter Weise, hieß dem Geschlechterstaat die Axt an die Wurzel legen. Es war dies aber nicht eine vereinzelte Erscheinung, sondern es tritt in der Regierung der drei letzten Könige überhaupt die Tendenz hervor, sich von den Traditionen und dem Stabilitätsprinzip des Geschlechterstaats frei zu machen. Die Reaction gegen diese Richtung ging zwar aus ihrem Kampfe mit dem Königthum siegreich hervor, daß sie aber nach und nach dem Plebejerthum weichen mußte und schließlich völlig erlag, ist bekannt. Die Schilderung dieses Kampfes gehört nicht hierher; daß er, anstatt die vorhandenen Kräfte zu schwächen, sie umgekehrt im höchsten Grade anspannte und entwickelte, ist bereits oben (S. 166) erwähnt.[268]

---

268) Daß einzelne Ausflüsse des Familienprinzips im römischen

Das militärische Prinzip, dem wir uns jetzt zuwenden, hatte dem Königthum das Leben gegeben, aber das Königthum hielt sich nicht innerhalb der Schranken, die jenes Prinzip ihm anwies (S. 249—252). Die fortgesetzte Ueberhebung desselben, die endliche Ausartung desselben in Willkühr führte seinen Sturz herbei, ohne daß aber damit auch das imperium selbst aufgehoben worden wäre. Bekannt ist aber, daß dem imperium für den Umfang der Stadt Rom die schärfste Spitze — das Recht über Leben und Tod — abgebrochen ward, so wie daß es im Fall der Ernennung eines Diktators vorübergehend seine alte Vollgewalt wieder erhielt. Der politische Instinkt der Römer fühlte es heraus, daß die königliche Gewalt nicht absolut verwerflich gewesen, daß der Mißbrauch, den sie sich hatte zu Schulden kommen lassen, vorzugsweise in der lebenslänglichen Dauer seinen Grund gehabt hätte, daß aber eine rasch vorübergehende Wiederherstellung derselben, bei der die Gefahr eines Mißbrauchs ungleich weniger zu befürchten war,[269]) für Zeiten eines politischen Fiebertaumels das einzige genügende Heilmittel sein könne. So bewahrte sich die römische Verfassung neben der Ausbreitung der politischen Gewalt über Volk, Senat und Beamte auch die Möglichkeit einer äußersten Concentrirung derselben in den Händen eines Einzelnen, neben der Wucht schwerfälliger republikanischer Institutionen die Schnellkraft einer absoluten Monarchie. Im Felde blieb das imperium immer in ungeschwächter Kraft[270]) bestehen, und wenn in der Königszeit

---

Staat und Recht d. h. als ganz allgemeine Einrichtungen fortdauerten, ist bereits früher erwähnt z. B. die Censur (S. 177), die cura prodigi (S. 179), die actio popularis (S. 171).

269) Die Diktatur durfte bekanntlich nur 6 Monate dauern.

270) Interessante Belege dazu finden sich im Titel der Pandekten de re militari (49. 16) und de captivis (49. 15); aus letzteren kann ich mir nicht versagen das Bruchstück einer Stelle vom Juristen Paulus mitzutheilen, L. 19 §. 7: Filius quoque familias transfuga non potest

das ganze Volk unausgesetzt unter der Zuchtruthe der militärischen Disciplin gestanden hatte, so machte noch Jahrhunderte lang jede Generation wenigstens in ihrer Jugend die heilsame Schule der militärischen Erziehung durch. Der Kriegsdienst war die Vorstufe und Vorbereitung zum eigentlichen Staatsdienst, und von wie heilsamen Folgen dies für den römischen Charakter war, ist bereits früher (S. 254, 255) bemerkt.

---

postliminio reverti neque vivo patre, quia pater sic illum amisit, quemadmodum patria, et quia d i s c i p l i n a c a s t r o r u m a n t i q u i o r f u i t p a r e n t i b u s R o m a n i s, quam caritas l i b e r o r u m; aus jenem Titel L. 3 §. 15: In bello qui rem a Duce prohibitam fecit aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit.